

ONGELDIGHEID VAN BESLUITEN
IN DE
NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

W. J. M. NOLDUS

**ONGELDIGHEID VAN BESLUITEN IN DE
NAAMLOZE VENNOOTSCHAP**

Promotor: Prof. mr. J. M. M. Maeijer

ONGELDIGHEID VAN BESLUITEN IN DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
IN DE RECHTSGELEERDHEID
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR-MAGNIFICUS
MR. S. F. L. BARON VAN WIJNBERGEN,
HOOGLERAAR IN DE FACULTEITEN DER RECHTSGELEERDHEID
EN DER SOCIALE WETENSCHAPPEN,
VOLGENS BESLUIT VAN DE SENAAT
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP 9 MEI 1969 DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

WILHELMUS JOSEPH MARIE NOLDUS
GEBOREN TE AMSTERDAM

Æ. E. KLUWER - DEVENTER

Uxori liberisque carissimis

Voorwoord

Mijn erkentelijkheid wil ik hier betuigen voor mijn compagnon Mr. Th. C. Ruijgrok. Wanneer de voorbereiding van deze dissertatie mijn afwezigheid met zich meebracht, wist hij door veel extra arbeid stagnaties in mijn dagelijkse werk te voorkomen.

Dank breng ik hier voorts gaarne aan de Zusters Franciscanessen van de H. Familie te Nijmegen, die mij door hun gastvrijheid de gelegenheid hebben geboden mij op regelmatige tijden in kloosterlijke rust aan studie te zetten. Aan deze periode, en niet het minst aan de contacten met de huisgenoten, bewaar ik aangename herinneringen.

Dr. J. de Rooy, docent aan de universiteiten van Stockholm en Uppsala, heeft mij aan zich verplicht door als neerlandicus de tekst te corrigeren. In zijn markante nauwgezetheid beperkte hij zich echter geenszins tot taalkundige correcties. Zijn scherpzinnige kritiek bracht mij er meermalen toe de opbouw van een betoog grondig te wijzigen. Voor zijn vriendendienst en langdurige arbeid ben ik hem bijzonder dankbaar.

Mijn secretaresse Mej. A. A. W. M. Oomen bedank ik gaarne voor haar toewijding en geduld bij het typen van de tekst.

Bij de voorbereiding van deze dissertatie heb ik mij dikwijls schuldig gevoeld ten opzichte van mijn echtgenote en kinderen, omdat ik hun in die tijd niet gaf waarop zij eigenlijk hadden mogen rekenen. Zonder het begrip, waarmee mijn echtgenote dit heeft aanvaard, en zonder haar vermogen dit begrip ook op onze kinderen over te dragen, zou het werk niet tot stand kunnen zijn gebracht. Aan hen draag ik mijn werk dan ook gaarne op.

Inhoud

Voornaamste afkortingen	xiii
Inleiding	1

I. ALGEMENE BESCHOUWINGEN

§ 1. <i>Rechtskarakter van de naamloze vennootschap</i>	3
Inleiding	3
Het contractuele standpunt	3
Het institutionele standpunt	4
Het in de jurisprudentie gehuldigde standpunt	7
Consequenties van het verschil in standpunt	8
De Europese n.v.	11
§ 2. <i>Organen van de naamloze vennootschap</i>	12
Omschrijving van het begrip orgaan	12
Verschillende organen.	17
Meerhoofdige en éénhoofdige organen	19
De plaats en de functie van het bestuur en de raad van commissarissen zijn wezenlijk anders dan van de algemene vergadering van aandeel- houders	21
§ 3. <i>Rechtskarakter van het besluit</i>	25
Het besluit is een rechtshandeling	25
Het besluit is niet een overeenkomst	26
Het besluit is niet uitvoering van een overeenkomst	26
Het besluit is niet een Gesamttakt.	29
Het besluit is niet een bindend advies	29
Het besluit is niet een partijbeslissing	30
Het besluit is een rechtshandeling van eigen vennootschappelijke aard	30
§ 4. <i>Totstandkoming van het besluit</i>	33
Rechtskarakter van de stem	33
Het voorstel	35
Totstandkoming van het besluit	36

INHOUD

§ 5. <i>Enige onderscheidingen</i>	38
Naargelang van de werking van het besluit	38
Naargelang van de toetsing van het besluit	42

II. GELDIGHED EN ONGELDIGHED VAN HET BESLUIT

§ 1. <i>Voorwaarden voor geldigheid van het besluit; mogelijkheden van ongeldigheid</i>	45
Inleiding	45
Détournement de pouvoir en willekeur	47
§ 2. <i>Ongeldigheid is nietigheid of vernietigbaarheid.</i>	53
Nietigheid en vernietigbaarheid	53
Non-existentie	57
§ 3. <i>Art. 46a K.</i>	60
Inleiding	60
Parlementaire geschiedenis van art. 46a K	61
Regelmatige wijze	64
Vereiste medewerking van aandeelhouders	65
§ 4. <i>Nieuw BW</i>	66
Nietigheid en vernietigbaarheid in het algemeen	66
Speciale regeling voor ongeldigheid van besluiten	70
Non-existentie	73

III. ONGELDIGHED VAN HET BESLUIT WEGENS STRIJD MET DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

§ 1. <i>Inleiding</i>	77
Betekenis van openbare orde.	77
Betekenis van goede zeden.	81
Openbare orde en goede zeden naast goede trouw	82
Positiefrechtelijke fundering	83
§ 2. <i>Onbevoegdheid van het orgaan</i>	84
§ 3. <i>Ongeldigheid in de wijze van totstandkomen.</i>	89
§ 4. <i>Ongeldigheid wegens strijd met de openbare orde en goede zeden is nietigheid</i>	90

IV. ONGELDIGHED VAN HET BESLUIT WEGENS STRIJD MET DE WET

§ 1. <i>Inleiding</i>	91
§ 2. <i>Onbevoegdheid van het orgaan; geen enkel orgaan bevoegd</i>	93

INHOUD

Inbreuk op het gemene recht.	93
Inbreuk op het vennootschapsrecht	96
§ 3. <i>Onbevoegdheid van het orgaan; een ander orgaan bevoegd</i>	99
Wettelijke bevoegdhedenverdeling tussen organen.	99
Forumbankarrest.	101
Enige bevoegdheden. Emissie van aandelen, alsmede verwerving, intrekking en weder-uitgifte van eigen aandelen	102
Oprichten van dochter-rechtspersonen.	103
Opmaken en vaststellen van de jaarrekening	104
Ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen	110
Ontwerp van wet tot herziening van het enquêterecht	111
Vertegenwoordiging van de n.v.	112
§ 4. <i>Ongeldigheid van stem wegens inbreuk op de wet</i>	113
Art. 44b lid 1 K: Slechts aandeelhouders hebben stemrecht in de al- gemene vergadering. Stromannen	113
Art. 44c K: Uitsluiting van stemrecht	115
Onbevoegde vertegenwoordiger	116
Onbekwaamheid	117
Pandrecht. Fiduciaire eigendom	117
Vruchtgebruik	118
Pauliana	120
Stemrechtovereenkomst	121
Ongeldigheid van stem wegens inbreuk op de wet leidt slechts indirect tot ongeldigheid van het besluit	123
§ 5. <i>Andere gebreken in de wijze van totstandkomen wegens inbreuk op de wet</i> 124	
Het orgaan dat tot een vergadering oproept	124
Wijze van oproepen	125
Inhoud van de oproep en agenda	126
Termijn van de oproep, termijn en plaats van tervisielegging der agenda 127	
Plaats van de vergadering	127
Deelneming aan de vergadering	127
Leiding van de vergadering	129
Andere organen dan de algemene vergadering	130
§ 6. <i>Ongeldigheid wegens strijd met de wet is in sommige gevallen nietigheid, in andere gevallen vernietigbaarheid</i>	131

V. ONGELDIGHEID VAN HET BESLUIT WEGENS STRIJD MET DE STATUTEN

§ 1. <i>Inleiding</i>	134
De statuten vormen het eigen bindende kader van de naamloze ven- nootschap	134

INHOUD

Uitleg van statuten	136
§ 2. <i>Onbevoegdheid van het orgaan; geen enkel orgaan bevoegd</i>	139
Diverse mogelijkheden van inbreuk op een statutaire bepaling	139
Inbreuk op statutaire rechten van derden	140
Inbreuk op het statutaire doel der vennootschap	141
§ 3. <i>Onbevoegdheid van het orgaan; een ander orgaan bevoegd</i>	148
§ 4. <i>Ongeeldigheid van stem wegens inbreuk op de statuten</i>	149
Slechts voor overeenkomstig de statuten verworven aandelen kan stemrecht worden uitgeoefend	150
Beperking en uitsluiting van stemrecht. Stromannen	151
Ongeeldigheid van stem wegens inbreuk op de statuten leidt slechts indirect tot ongeeldigheid van het besluit.	153
§ 5. <i>Andere gebreken in de wijze van totstandkomen wegens inbreuk op de statuten</i>	153
Het orgaan dat tot een vergadering oproept	154
Wijze van oproepen	155
Inhoud van de oproep en agenda	155
Termijn van de oproep, termijn en plaats van tervisielegging der agenda	156
Plaats van de vergadering	157
Deelneming aan de vergadering	157
Leiding van de vergadering	158
Oligarchische clausules	158
Wijze van stemmen	160
Andere organen dan de algemene vergadering	161
§ 6. <i>Ongeeldigheid wegens strijd met de statuten dient in alle gevallen vernietigbaarheid te zijn</i>	161
Inleiding	161
Jurisprudentie	162
Nietigheid onaanvaardbaar	165

VI. ONGELDIGHEID VAN HET BESLUIT WEGENS STRIJD MET DE GOEDE TROUW

§ 1. <i>Inleiding</i>	167
Betekenis van goede trouw	167
Goede trouw, redelijkheid en billijkheid hebben gelijke betekenis	169
Objectief criterium	170
De werking van de goede trouw	171
Interpreterende werking van de goede trouw	172
Aanvullende werking van de goede trouw	174
Corrigerende werking van de goede trouw	178
Normen van goede trouw zijn rechtsnormen	182

INHOUD

Onderscheiden belangengrootheden	184
Het belang van de aandeelhouders	184
Het belang van bestuurders en commissarissen	185
Het belang van winstgerechtigden	186
Het belang van werknemers en crediteuren	189
Het belang van de vennootschap	191
Het belang van de openbare orde	194
§ 2. Inhoud van het besluit in strijd met de goede trouw	196
A. <i>Het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders</i>	196
Benadering vanuit drieërlei standpunten	196
Uitoefening van kernbevoegdheden	198
a. Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders, vereffenaars en commissarissen	198
b. Vaststelling van de jaarrekening	200
c. Statutenwijziging	202
d. Ontbinding	211
Uitoefening van andere niet-overdraagbare bevoegdheden	213
Uitoefening van overdraagbare bevoegdheden	213
a. Bezoldiging van bestuurders en commissarissen	213
b. Emissie van aandelen	215
c. Verwerving van eigen aandelen; intrekking van aandelen	222
d. Storting op aandelen	226
Uitoefening van niet nader in de wet geregelde bevoegdheden	226
B. <i>Het besluit van het bestuur en de commissarissen</i>	227
Belangenafweging door bestuur en commissarissen	227
a. Emissie van aandelen	230
b. Storting op aandelen	235
c. Oprichten van dochterrechtspersonen; deelnemingen	237
d. Opstellen van de jaarrekening	238
e. Schorsing van bestuurders	242
f. Andere bevoegdheden	243
C. <i>Het besluit van andere organen</i>	243
§ 3. Wijze van totstandkomen van het besluit in strijd met de goede trouw wegens een gebrek in de stem	244
Toekenning van een recht of ontslag van een verplichting	244
Bijzondere kwaliteiten	245
Aanbiedingsplicht	246
Wilsgebreken	246
A. Dwaling	247
B. Bedrog	248
C. Bedreiging	249
D. Misbruik van omstandigheden	249
Directe ongeldigheid van het besluit door wilsgebreken mogelijk	250

INHOUD

§ 4. <i>Wijze van totstandkomen van het besluit in strijd met de goede trouw wegens inbreuk op andere formele eisen</i>	254
Het orgaan dat tot een vergadering oproept	255
Wijze van oproepen	255
Inhoud van de oproep en agenda	258
Termijn van de oproep, termijn en plaats van tervisielegging der agenda	259
Plaats van de vergadering	260
Tijdstip van de vergadering	260
Deelneming aan de vergadering	261
Leiding van de vergadering	263
Oligarchische clausules	265
§ 5. <i>Ongeldigheid wegens inbreuk op de goede trouw leidt tot vernietigbaarheid van het besluit</i>	266
§ 6. <i>Marginale toetsing</i>	267
Sommaire	273
Aangehaalde jurisprudentie	278
Voornaamste geraadpleegde literatuur.	285
Zakenregister	295

Voornaamste afkortingen

AB	Administratieve en rechterlijke beslissingen
adv.-gen.	advocaat-generaal
a.w.	aangehaald werk
BCN	Broederschap der candidaat-notarissen
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.	cum annexis
Coöp. ver.	Coöperatieve vereniging
c.q.	casu quo
D	Deel
diss.	dissertatie
F	Faillissementswet
Handelingen NJV	Handelingen van de Nederlandse juristen vereniging
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
K	Wetboek van koophandel
Ktr.	kantonrechter
m.n.	met noot
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NJB	Nederlands juristenblad
NJV	Nederlandse juristen vereniging
n.v.	naamloze vennootschap
NV	De Naamlooze Vennootschap
onderl. verz. mij.	onderlinge verzekering maatschappij
pres.	president
proc.-gen.	procureur-generaal
P.W.	Periodiek woordenboek van administratieve en gerechtelijke beslissingen in zake van registratie
Rb.	Arrondissements-Rechtbank
RM	Rechtsgeleerd magazijn
RM Themis	Rechtsgeleerd magazijn Themis
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de week
S	Staatsblad
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TVVS	Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen
W	Weekblad van het recht
Wet AB	Wet algemene bepalingen
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie
WN	Weekblad voor het notariaat

VOORNAAMSTE AFKORTINGEN

WPNR

Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en registratie

Wanneer wordt gesproken van het nieuwe BW, wordt daarmee bedoeld op de wet van 12 mei 1960 S 205 tot vaststelling van boek 2 en op het ontwerp van wet tot vaststelling van boek 3, ingediend bij koninklijke boodschap van 4 november 1954, Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1954-1955, Bijlage 3770.

Inleiding

De laatste decennia is een duidelijke ontwikkeling te constateren in het vennootschappelijk denken.

Van het contractuele standpunt met betrekking tot de n.v., de opvatting dat de n.v. een obligatoire rechtsbetrekking in de zin van het derde boek BW tussen de aandeelhouders is, evolueerden velen naar een institutionele visie, de opvatting dat de n.v. een conglomeraat van rechtsbetrekkingen van eigen aard is. Een soortgelijke ontwikkeling deed zich voor met betrekking tot het besluit van organen van de n.v. Van contractuele en andere visies op het besluit is een groei merkbaar naar het inzicht, dat ook het besluit een rechtshandeling van eigen vennootschappelijk karakter is.

Deze evolutie heeft haar consequenties. Zo werd de almacht van de algemene vergadering van aandeelhouders gereduceerd tot een bevoegdheid naast die van andere organen. Dit leidde verder tot een beter inzicht in de plaats, van waaruit ieder orgaan zijn taak dient te vervullen en de belangen die ieder orgaan dient te behartigen. En dit stelt weer andere geldigheidseisen aan de handelingen van de organen.

Deze geldigheidseisen heb ik tot hoofdbestanddeel van dit werk gekozen. De werken van Hülsmann ¹ en Verdam ² stammen uit een geheel andere periode. Het werk van Hülsmann betrof bovendien slechts een bepaald aspect, zij het voor wat dit aspect betreft diepgaand. Er was alleszins reden tot nieuwe bezinning op deze materie.

De geldigheid van de besluiten van de verschillende organen heb ik getoetst aan normen van openbare orde en goede zeden, de wet, de statuten, en normen van goede trouw (Hoofdstuk III t/m VI). Daaraan vooraf gaan algemene beschouwingen over het karakter van de n.v., het begrip orgaan, het karakter van een besluit, en de totstandkoming van een besluit (Hoofd-

1. J. H. M. Hülsmann, *De ongeldigverklaring van meerderheidsbesluiten op grond van wilsgebreken en haar gezag van gewijsde*, diss. Amsterdam 1935.

2. P. J. Verdam, *Nietigheid van besluiten*, diss. Amsterdam 1940.

stuk I). Daar de begrippen geldigheid en ongeldigheid een nogal ruime inhoud hebben, was het nodig deze nader te detailleren en te verduidelijken (Hoofdstuk II).

Aanvankelijk lag het in mijn voornemen ook processuele aspecten te bespreken. Te denken is daarbij aan kwesties als de wijze waarop ongeldigheid kan worden ingeroepen; voor welke rechterlijke instantie; of ten deze ook arbitrage mogelijk is; welke termijnen voor het inroepen van ongeldigheid in acht moeten worden genomen; welke rechtskracht kan worden toegekend aan een vonnis over de (on-)geldigheid van een besluit, enz. Tevens rezen vragen over de mogelijkheid van bekrachtiging, van rechtsverwerking en van conversie. Bij nader inzien heb ik gemeend deze aspecten thans buiten beschouwing te moeten laten. Er zouden dan nog zoveel fundamentele vraagstukken aan de orde komen, dat een volledig nieuw werk aan het thans gereed zijnde toegevoegd zou worden.

Voorts heb ik bespreking van vreemd recht achterwege gelaten, op een enkele uitzondering na. Het werk zou anders te uitgebreid worden. Ook het feit dat in de ons omringende landen het vennootschapsrecht, evenals bij ons, sterk in ontwikkeling is, heeft mij daarvan weerhouden.

Het werk is afgesloten op 1 december 1968. Met nadien verschenen literatuur en gepubliceerde jurisprudentie kon slechts incidenteel worden rekening gehouden.

I. Algemene beschouwingen

§ 1 RECHTSKARAKTER VAN DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

Inleiding

1. Over het rechtskarakter van de n.v. is langdurig gediscussieerd. Twee standpunten, die uit de discussies naar voren zijn getreden, vermeld ik: het contractuele standpunt en de institutionele leer. Het komt mij voor dat de institutionele leer juist is en in overeenstemming met de realiteit.

Het contractuele standpunt

2. Van het contractuele standpunt gezien is de rechtshandeling tot oprichting van de n.v. een overeenkomst tussen de oprichters in de zin van het derde boek BW en wordt de n.v. als een bijzondere vorm van maatschap beschouwd. De bepalingen uit het derde boek BW acht men dan op de n.v. toepasselijk, voorzover toepasselijkheid niet door de eigen aard van de n.v. is uitgesloten of wijziging ondergaat. Aan dit standpunt verwant is, dat de oprichters contractspartijen ten opzichte van elkaar blijven, dat nieuw deelnemende aandeelhouders tot het contract toetreden en dat tussen deze en de overige aandeelhouders eveneens een contractuele betrekking ontstaat.

In deze visie paste, dat men aan de algemene vergadering van aandeelhouders de hoogste macht in de n.v. toekende en de bevoegdheden van de andere organen als daarvan afgeleid beschouwde. De zogenaamde mandaatsleer was daar een uitvloeisel van, de opvatting dat de bestuurders handelen als lasthebbers en de commissarissen toezicht houden namens de aandeelhouders. Daarin paste ook het standpunt, dat het de aandeelhouders vrij zou staan eenstemmig te handelen in strijd met de statuten, zoals het partijen bij een overeenkomst vrij staat bij eenstemmigheid van de overeenkomst af te wijken.

Deze opvatting was waarschijnlijk die van de wetgever van 1928¹ en is

1. Wet van 2 juli 1928, S 216.

door velen gehuldigd, zij het dan ook door ieder met eigen nuances. Te noemen zijn Molengraaff ¹, Star Busmann ², Grosheide ³, Van der Heijden ⁴, Tasman ⁵, Scheltema ⁶, Van der Meulen ⁷, Hülsmann ⁸, Speetjens ⁹, Houwing ¹⁰, Bloembergen ¹¹, Van der Esch ¹², Asser-Kamphuisen ¹³, Stein ¹⁴ en H. Drion ¹⁵.

Het institutionele standpunt

3. Een contractuele gedachte is wellicht nog wel enigszins voelbaar bij een kleine n.v., waar het om een kleine groep mensen gaat, die elkaar goed kennen, elkaar regelmatig ontmoeten en zich daarom gemakkelijk aan elkaar conformeren; waar bestuurders en commissarissen veelal tevens aandeelhouders zijn. Naarmate de kring van aandeelhouders groter wordt of meer aandelen in vreemde handen komen, raakt men verder verwijderd van een contractgedachte. Doch ook wanneer de kring gesloten blijft, maar het door de vennootschap geëxploiteerde bedrijf uitgroeit, gaan vele aspecten een rol spelen die de gedachte aan de contractuele band tussen de aandeelhouders steeds verder naar de achtergrond drijven. Belangen van crediteuren, werknemers, winstgerechtigden ¹⁶ en andere belangengroeperingen gaan meespreken bij de besluitvorming binnen de n.v. De vennootschap krijgt in steeds sterkere mate als organisatie van velerlei belangengrootheden een zelfstandige

1. W. L. P. A. Molengraaff, RM 1903, p. 191 e.v.; RM 1914, p. 612 e.v.; Feestuitgave bij WPNR, jaargang 1926, nr. 2947.

2. C. W. Star Busmann in zijn bewerking van Molengraaff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht I, 9e druk 1953, p. 252 e.v.

3. G. H. A. Grosheide, Oprichting van naamloze vennootschappen naar Nederlandsch recht, diss. Amsterdam 1913, p. 96, 112.

4. E. J. J. van der Heijden, NV 2, p. 193 e.v.; RM 1931, p. 322 e.v.; Handboek 1e druk, p. 36-40.

5. H. J. Tasman, WN 1907, nr. 84-86.

6. F. G. Scheltema, Beschouwingen omtrent de grondslagen van vereenigingsrecht, rede 1923, p. 14, 20.

7. J. E. van der Meulen, Feestuitgave bij WPNR jaargang 1926, nr. 2947.

8. J. H. H. Hülsmann, De ongeldigverklaring van meerderheidsbesluiten op grond van wilsgebreken en haar gezag van gewijsde, diss. Amsterdam 1935, p. 104 e.v.

9. Th. W. F. Speetjens, De ontbinding van de naamloze vennootschap, diss. Nijmegen 1940, H I.

10. Ph. A. N. Houwing, Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon, diss. Leiden 1939, p. 151-152.

11. E. Bloembergen, De naamloze vennootschap in een tijd van ordening, diss. Utrecht 1943, p. 13-14.

12. B. van der Esch, Vergelijkend vennootschapsrecht, diss. Leiden 1953, p. 94-95.

13. P. 462-464.

14. P. A. Stein, NV 39, p. 10.

15. H. Drion, NV 33, p. 201 e.v.

16. Waar in dit werk van winstgerechtigden wordt gesproken zijn daaronder niet de aandeelhouders begrepen.

plaats in de samenleving, zij wordt een maatschappelijk instituut ¹.

De contractuele opvatting vindt dan ook tegenwoordig weinig aanhang meer. Men beseft dat de n.v. vooral rechtspersoon is, die een eigen leven kan leiden en kan handelen onafhankelijk van de wil van aandeelhouders; een rechtspersoon met een eigen doel, een eigen karakter, eigen regiem, aangepast aan zijn typische aard. Geen contractuele rechtsbetrekking tussen alleen aandeelhouders, doch een conglomeraat van rechtsbetrekkingen van geheel eigen aard tussen aandeelhouders, bestuurders en anderen die een eigen plaats in de vennootschap innemen zoals commissarissen en winstgerechtigden. Het verschijnsel van de eenmans-n.v. bewijst reeds, dat ook de zeer besloten n.v. iets anders en iets meer is dan een contractuele rechtsbetrekking.

4. De oprichting van de n.v. is geen overeenkomst tussen de oprichters, al vloeit zij daar wel uit voort. Aan de oprichting zelf gaat een overeenkomst tot oprichting vooraf, waaruit voor de oprichters de verplichting voortvloeit alles te doen wat voor die oprichting noodzakelijk is. Te denken is hierbij aan het opstellen van statuten, het aanvragen van ministeriële goedkeuring en het doen verlijden van de notariële akte. Er is hier geen sprake van een pactum de contrahendo, zoals Dorhout Mees ² leert, omdat de overeenkomst niet leidt tot wederom een overeenkomst, doch tot de oprichting van een rechtspersoon. Algemeen wordt aangenomen dat voor een geldige oprichting van een n.v. slechts nodig is, dat bij de oprichters de wil tot oprichting aanwezig is; niet terzake doet of een oprichter zich reeds voordien heeft verbonden zijn aandeel terstond na de oprichting aan zijn mede-oprichter over te dragen ³.

De oprichting leidt niet tot een contractuele verbintenis tussen de oprichters en later toetredende aandeelhouders, doch tot een rechtspersoon: de n.v. De oprichtingshandeling zelf is reeds daarom niet een overeenkomst in de zin van het derde boek BW. Voorheen zocht men in de contractuele opvatting steun voor toepassing van art. 1374 BW op de betrekkingen in de vennootschap, met name voor toetsing van besluiten aan de goede trouw. Thans erkent men dat de goede trouw voor die betrekkingen geldt, ook zonder art. 1374 BW. De goede trouw geeft immers als bron van ongeschreven recht normen voor het handelen ten opzichte van een ander, met wie men in een bepaalde rechtsbetrekking komt of staat, ongeacht waaruit die rechtsbetrekking is ontstaan. In de laatste decennia zijn door de Hoge Raad normen van goede trouw dan ook toepasselijk geacht op andere rechtsbetrekkingen

1. S. Bergsma, De vermaatschappelijking van de onderneming, diss. Amsterdam 1965, *passim*.

2. T. J. Dorhout Mees, Kort begrip van het Nederlands handelsrecht, 2e druk 1956, p. 198.

3. W. C. L. van der Grinten, preadvies NJV, Handelingen NJV 1953 I, p. 65.

dan uit overeenkomst, zoals uit ervengemeenschap ¹ en uit ontbonden huwelijksgemeenschap ², terwijl ook onderhandelende partijen hun handelen op de goede trouw dienen af te stemmen ³.

De oprichting van de n.v. is een rechtshandeling van eigen vennootschappelijk karakter, zoals het sluiten van een overeenkomst een rechtshandeling van eigen obligatoire aard is. Beide worden door een verschillend regiem beheerst.

Reeds in 1897 heeft Hamaker dit ingezien ⁴. Later is daar ook op gewezen door Van Nispen tot Sevenaer ⁵, Anema ⁶, Gimbrère ⁷, M. Polak ⁸, Zeylemaker ⁹, Hijmans van den Bergh ¹⁰, Meijers ¹¹, Sanders ¹², Van der Grinten ¹³, Löwensteyn ¹⁴ en Maeijer ¹⁵.

5. Zoals de oprichting een eigen vennootschappelijk karakter heeft, zo is dat ook met het resultaat daarvan, de n.v.: een rechtsbetrekking van eigen vennootschappelijke aard, een nieuw in het leven geroepen persoon, die in zijn voortbestaan en handelen nog slechts betrekkelijk afhankelijk is van de wil van de oprichters en later toetredende aandeelhouders. Betrekkelijk, immers andere organen, zoals bestuur en commissarissen, verkrijgen rechten die kunnen worden uitgeoefend desnoods tegen de wil van de aandeelhouders, terwijl de aandeelhouders bij hun besluitvorming relevante belangen van derden niet mogen veronachtzamen.

Nu zou ik ook weer niet zo ver willen gaan als Löwensteyn doet. Hij legt zozeer de nadruk op de zelfstandigheid van de n.v., dat hij de aandeelhouders

1. HR 20 dec. 1946, NJ 1947, 59.

2. HR 15 nov. 1957, NJ 1958, 67.

3. HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563.

4. H. J. Hamaker, Maatschap of vereeniging, 1897, in *Verspreide geschriften* IV 1912, p. 269.

5. C. M. O. van Nispen tot Sevenaer, NV 6, p. 260 e.v., p. 298 e.v.; NV 7, p. 163 e.v., p. 193 e.v.

6. A. Anema, WPNR 2807.

7. E. G. J. Gimbrère, De strijd om het contractuele karakter der naamloze vennootschap, rede Tilburg 1932, p. 6-7, 13.

8. M. Polak, Handboek voor het Nederlandsch handels- en faillissementrecht I, 5e druk 1935, p. 338 e.v.

9. Jb. Zeylemaker Jzn, RM Themis 1945-1946, p. 617.

10. L. J. Hijmans van den Bergh in noot onder HR 21 jan. 1955, NJ 1959, 43; NV 32, p. 108-110.

11. E. M. Meijers, Algemene inleiding op het nieuwe BW, paragraaf 6, Staatsdrukkerij 1954, p. 15 e.v.

12. P. Sanders, NV 41, p. 58 e.v.

13. Van der Grinten, Collectivering in het privaatrecht, rede Nijmegen 1957, p. 10; Handboek nr. 42; Ars Aequi XIV, p. 65 e.v. in noot onder HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107.

14. F. J. W. Löwensteyn, Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, diss. Amsterdam 1959, p. 14-15.

15. J. M. M. Maeijer, Het belangenconflict in de naamloze vennootschap, rede Nijmegen 1964, p. 2-4.

ziet als derden tegenover haar met wie zij slechts betrekkingen van zuiver contractuele aard heeft. Het recht van de aandeelhouder op toegang tot de algemene vergadering, het recht van spreken, het stemrecht en soortgelijke rechten ziet hij dan ook alle als uit contract voortvloeiende rechten¹. Löwensteyn ziet echter over het hoofd dat de n.v. een verband is, waarin de aandeelhouders een essentiële plaats innemen; zonder aandeelhouders is er geen n.v. De aandeelhouder maakt deel uit van de n.v. en heeft in die hoedanigheid rechten en plichten. Deze zijn niet van contractuele doch van vennootschappelijke aard. Zelfs al zou men onderscheid maken tussen niet overdraagbare rechten die de aandeelhouder uitoefent in de vennootschap (bijwonen algemene vergadering, stemrecht, controle) en wel overdraagbare rechten die hij uitoefent tegen de vennootschap (vorderen van dividend), dan nog zijn beide niet contractueel doch vennootschappelijk gebaseerd. De inhoud van de vennootschappelijke rechtsbetrekking wordt bepaald door de openbare orde en goede zeden, de wet, de statuten en de goede trouw².

Het in de jurisprudentie gehuldigde standpunt

6. Tot voor kort is in de jurisprudentie het contractuele standpunt gehuldigd: HR 27 mei 1898, W 7128; 18 jan. 1901, W 7553 m.n. J.W.M.; 18 april 1913, W 9500 m.n. J.W.M.; 30 nov. 1927, NV 7, p. 354; 9 jan. 1941, NJ 1941, 528 m.n. P. Scholten. Deze uitspraken betroffen alle een n.v. Ook in verscheidene arresten over een coöperatieve vereniging: HR 29 nov. 1923, NJ 1924, 129; 4 april 1924, NJ 1924, 564; 2 dec. 1926, NJ 1927, 102 m.n. Meijers; 15 juni 1928, NJ 1928, 1626 m.n. P. Scholten; W 11856 m.n. Molengraaff; 18 april 1929, NJ 1929, 900 m.n. Meijers; 25 april 1929, NJ 1929, 1261.

Een kentering viel te bespeuren in HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 betreffende de Doetinchemse IJzergieterij. De nieuwe koers is door de Hoge Raad duidelijk uitgesproken in het arrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 betreffende de Forumbank. De rechtsontwikkeling is met dit arrest aan een keerpunt gekomen. De Hoge Raad leert in dit arrest dat de algemene vergadering van aandeelhouders niet bevoegd is het bestuur instructies te geven op het terrein dat door wet, art. 47 K, en statuten aan het bestuur is toegewezen. Men kan dus niet meer zeggen, zoals bij het contractuele standpunt met een beroep op art. 43 K gebeurde, dat de algemene vergadering de hoogste macht in de vennootschap bezit. Ook zij mag immers de bij wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet overschrijden. De verschillende organen

1. Diss. p. 16, 18.

2. Hülsmann, diss. p. 114-115; P. J. Verdam, Nietigheid van besluiten, diss. Amsterdam 1940, p. 112; Van der Grinten, RM Themis 1961, p. 193 en Handboek nr. 131; Meijers, Algemene inleiding op het nieuwe BW, paragraaf 6, Staatsdrukkerij 1954, p. 15 e.v.

hebben ieder eigen niet afgeleide bevoegdheden, die zij op autonome wijze kunnen uitoefenen.

Natuurlijk kunnen aandeelhouders, ook volgens deze moderne leer, nog wel hun invloed uitoefenen door ontslag van bestuurders en commissarissen. In de praktijk is deze mogelijkheid echter veelal sterk aan banden gelegd door statutaire en buitenstatutaire constructies, zoals oligarchische clausules, stemrechtvereenkomsten en het certificeren van aandelen. Hierdoor is de macht van de aandeelhouders in feite veelal nog meer verschoven naar die van directie en commissarissen ¹.

Consequenties van het verschil in standpunt

7. De verschillende standpunten kunnen leiden tot onderscheiden consequenties. Wij zagen dit reeds met betrekking tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders om het bestuur instructies te geven. Maar ook op andere punten kan het verschil in visie tot afwijkende gevolgen leiden. Ik zal dat waar nodig nader aanduiden. Reeds thans wil ik enkele verschillen noemen.

8. De bevoegdheid tot het uitschrijven van storting op aandelen behoort volgens de contractuele leer aan de algemene vergadering van aandeelhouders ². Mij lijkt, dat bij de institutionele opvatting meer past deze bevoegdheid aan het bestuur toe te kennen ³. De houders van niet-volgestorte aandelen hebben zich immers reeds bij de oprichting of bij latere deelneming tot volstorting verplicht. Het aansprakelijke kapitaal is in wezen niet het gestorte, doch het geplaatste en daar komt door storting geen verandering in. Het vorderen van storting is slechts het beschikbaar maken van kapitaal der vennootschap, dat reeds als vordering op de aandeelhouder daarvan deel uitmaakt. Hierdoor wordt ook verklaarbaar dat bij faillissement van de n.v. de curator, op wie alle bevoegdheden der organen met betrekking tot het vermogen der vennootschap overgaan, krachtens art. 38e K volstorting kan vorderen zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders, terwijl hij die bevoegdheid niet heeft voor wat bijv. emissie of verwerving van aandelen betreft.

9. Emissie alsmede verwerving, intrekking en wederuitgifte van eigen aan-

1. Maeijer, rede, p. 4; NV 45, p. 213; Th. S. IJsselmuiden, NV 43, p. 12.

2. Handboek, 3e druk, p. 309.

3. G. M. Greup, De stortingsplicht van den aandeelhouder in een naamloze vennootschap, diss. Utrecht 1923, p. 29; O. B. W. de Kat, Effectenbeheer, 3e druk 1932, p. 309; F. Schoepp, De naamloze vennootschap en haar aandeelhouders, 1939, p. 64. Anders echter Löwensteyn, diss., p. 150-151 en Van der Grinten, Handboek nr. 167 en 233.1, alhoewel toch beiden voorstanders van een institutionele leer zijn.

delen, dit alles behoort volgens de contractuele leer ook typisch tot de competentie van de algemene vergadering van aandeelhouders, want dit raakt immers direct het samenwerkingsverband ¹. Naar Sanders meent, dient volgens de institutionele leer deze bevoegdheid te worden toegekend aan het bestuur. De n.v., zo schrijft hij ², gaat, eenmaal opgericht, een eigen leven leiden met een eigen organisatie, geleid door een bestuur; deze leiding omvat ook het financiële beleid, waarover in beginsel niet anders moet worden gedacht dan over het overige directiebeleid. Waarom, zo vraagt hij zich af, zou een directie wel bevoegd zijn geld van derden aan te trekken in de vorm van een obligatielening en niet door een emissie?

Ook al komt mij de institutionele leer juist voor, het standpunt van Sanders gaat mij op dit punt toch te ver. Het uitschrijven van een obligatielening ligt in hetzelfde vlak als het aantrekken van een bankkrediet of het aangaan van allerlei handelstransacties in verband met de liquiditeit, zoals afspraken omtrent leverancierskrediet. Ook al zal in de regel een obligatielening bedoeld zijn als een langer lopende financiering dan een bankkrediet, in beginsel liggen deze in hetzelfde vlak, omdat hiermee niet wordt geraakt aan de grootte van het aansprakelijke kapitaal.

Emissie alsmede verwerving, intrekking en wederuitgifte van eigen aandelen raken daarentegen wel het aansprakelijke kapitaal, de basis van de n.v. als kapitaalassociatie, en mitsdien de (overige) aandeelhouders directer althans anders dan een obligatielening, bankkrediet of een leverancierskrediet; de waarde van een aandeel wordt rechtstreeks beïnvloed door vergroting of verkleining van het aansprakelijke kapitaal. Ik acht deze bevoegdheden daarom, ook volgens de institutionele leer, te behoren tot de competentie van de aandeelhouders ³. Overigens zou men kunnen stellen dat het standpunt van Sanders reeds afstuit op de wet: deze bevoegdheden worden niet met name genoemd in art. 42 K en behoren daarom krachtens art. 43 K tot de algemene vergadering van aandeelhouders ⁴. Opmerkelijk is dat Sanders in zijn ontwerp voor een statuut van een Europese n.v. hierop is teruggekomen. In art. IV-3-1 stelt hij voor deze bevoegdheid aan de algemene vergadering van aandeelhouders te laten ⁵.

10. Het recht overlegging van de boekhouding van de n.v. te vorderen wordt

1. Handboek 3e druk, p. 309; Th. W. F. Speetjens, Het kapitaal der naamloze vennootschap, 1947, p. 140; Dorhout Mees, Kort begrip van het Nederlands handelsrecht, 2e druk 1956, p. 608.

2. NV 41, p. 59.

3. F. J. de Jong in zijn medebewerking van O. B. W. de Kat, Effectenbeheer, 3e druk 1932, p. 81; Schoepp, a.w., p. 138 e.v., 254; A. M. Vroom, Machtsverhoudingen in naamloze vennootschappen, preadvies BCN 1959, p. 28; Löwensteyn, diss., p. 148 m.b.t. emissie, p. 149-150 m.b.t. inkoop.

4. Handboek nr. 233.1.

5. Uitgave van de Commissie van de Europese Gemeenschap, Directoraat-generaal van de concurrentie, serie concurrentie nr. 6, 1967.

volgens de contractuele leer de aandeelhouder niet ontzegd, nu dat recht in art. 11 K een vennoot wordt toegekend en nu in de wet de aandeelhouder vennoot heet ¹. In de zesde druk van Van der Heijden-Van der Grinten's *Handboek* wordt dit – zij het met reserve – nog verdedigd. Bij de institutionele leer past deze opvatting toch niet goed. Met vennoot genoemd in art. 11 K is toch veeleer bedoeld de vennoot in een vennootschap waarin het persoonlijk element op de voorgrond staat, zoals de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap; bij de n.v. is dat niet het geval, daar staat het verband primair. Bovendien kent de wettelijke regeling van de n.v., waarbij de rechtspositie van de aandeelhouders tegenover de vennootschap is vastgelegd, op dit stuk eigen bepalingen, de art. 53 t/m 54 K, die derogeren aan art. 11 K. In de zevende en achtste druk van Van der Heijden-Van der Grinten's *Handboek* wordt deze opvatting thans ook voorgestaan ².

11. Het verschijnsel van de eenmans-n.v. en de lege n.v. past ook beter bij de institutionele dan bij de contractuele leer. Bij de contractuele opvatting zou van een n.v., waarvan alle aandelen in één hand zijn geraakt of waarvan het doel is bereikt dan wel onbereikbaar is geworden of die leeg is, gezegd kunnen worden dat zij heeft opgehouden te bestaan. Dit is althans door sommige aanhangers van deze opvatting verdedigd ³. In de jurisprudentie is deze consequentie nooit aanvaard ⁴ om de eenvoudige reden dat de wijze van beëindigen ener n.v., behalve voor het bijzondere geval van art. 37b K, in art. 55 K limitatief is geregeld ⁵. De limitatieve regeling is door de wetgever echter niet op principiële doch op zuiver praktische gronden gebaseerd. Het zou ook bezwaarlijk anders kunnen.

In de institutionele opvatting bestaat echter tegen het verschijnsel van de eenmans-n.v. en de lege n.v. niet alleen geen praktisch doch ook geen principeel bezwaar. Het statutaire doel deelt niet het lot van de werkzaamheid der aandeelhouders. Ook al achten dezen hun doel bereikt of niet meer waardevol, dan valt daarmee het doel van de vennootschap niet weg. Het ophouden van de vennootschappelijke samenwerking brengt de n.v. niet tot staat van ontbinding, te minder nu die vennootschappelijke samenwerking veelal niet meer is dan een fictie. Door aanhangers van deze institutionele

1. HR 9 okt. 1942, NJ 1942, 821.

2. 7e druk nr. 67. Instemmend Sanders in zijn recensie van deze 7e druk, NV 41, p. 59. 8e druk nr. 67.

3. *Handboek* 3e druk, p. 463-467; Th. W. F. Speetjens, *Ontbinding van de naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht*, diss. Nijmegen 1940, p. 162 e.v.; Molengraaff-Star Busmann, a.w., p. 311.

4. HR 4 feb. 1925, NJ 1925, 445; 31 okt. 1951, NJ 1952, 67; 31 dec. 1958, NJ 1959, 92 (belastingkamer) m.n. Hijmans van den Bergh; 11 maart 1966 RvdW 1966, 38; Rb. Amsterdam 29 dec. 1930 W 12294; Rb. Groningen 13 maart 1931, NJ 1931, 1505 en 14 dec. 1934, NJ 1936, 508; Rb. Dordrecht 20 april 1938, NJ 1938, 912; Ktr. Haarlem 30 aug. 1940, NJ 1941, 206.

5. Belinfante 1929, p. 224.

opvatting wordt dit verschijnsel dan ook algemeen aanvaard ¹. Een ander punt is, dat een besluit tot ontbinding stilzwijgend kan worden genomen; er is dan sprake van ontbinding krachtens lid 2 van art. 55 K. Ten onrechte besliste dan ook Hof 's-Gravenhage 16 jan. 1959, NJ 1960, 229 dat een stilzwijgend genomen besluit tot ontbinding mogelijk is naast de gevallen van art. 55 K; immers, het is één van die gevallen ².

De Europese n.v.

12. Door Sanders is op verzoek van de Commissie van de Europese Economische Gemeenschap een ontwerp gemaakt voor een statuut van een Europese n.v. ³. Gedacht is hierbij aan vennootschappen van behoorlijke omvang, van Europees formaat. Dit ontwerp nu geeft blijk van een moderne institutionele visie.

In het ontwerp is aanvaard dat een vennootschap van een dergelijk formaat niet wordt beheerst door de algemene vergadering van aandeelhouders. Van het begrip soevereiniteit van de algemene vergadering wordt duidelijk afstand gedaan. Aan de aandeelhouders blijven uiteraard diverse bevoegdheden, maar deze zijn limitatief opgesomd. Alle overige bevoegdheden behoren tot de leiding. Van deze leiding is het bestuur de centrale instantie in de vennootschap. Met de overwonnen mandaatsleer, de bij een contractuele visie passende opvatting volgens welke het bestuur zijn bevoegdheden afleidt van de aandeelhouders en slechts lasthebber is van hen, wordt definitief afgerekend. De centrale plaats van het bestuur wordt voorgesteld in art. IV-1-3 lid 1: 'Het bestuur heeft binnen de grenzen van het doel van de vennootschap de meest uitgebreide bevoegdheden om alle rechtshandelingen ten behoeve van de vennootschap te verrichten die door dit statuut niet uitdrukkelijk aan andere organen van de vennootschap zijn voorbehouden.'

De invloed van de aandeelhouders op het bestuur wordt in zijn ontwerp bovendien verkleind, doordat de bestuurders niet door de algemene vergadering doch door de raad van commissarissen worden benoemd en ontslagen, art. IV-2-2 en 2-5. Slechts indirect kunnen de aandeelhouders nog enige invloed uitoefenen, doordat benoeming en ontslag van commissarissen tot hun competentie blijft behoren, art. IV-3-1 sub c.

Belangrijker dan bevoegdheden op het gebied van de leiding, acht Sanders voor aandeelhouders een redelijke bescherming van hun meer directe financiële belangen. Daarom stelt hij voor aan aandeelhouders een claim bij emissies toe te kennen, verhoging en vermindering van kapitaal, besteding

1. Löwensteyn, diss., p. 15; Hijmans van den Bergh in noot onder HR 31 dec. 1958, NJ 1959, 92; Handboek nr. 372 en 373 (in de 6e druk nog anders); Sanders, NV 41, p. 58.

2. H. P. J. M. Coebergh, NV 38, p. 228.

3. Uitgave van de Commissie van de Europese Economische Gemeenschap, Directoraat-generaal van de concurrentie, serie concurrentie nr. 6, 1967.

van winst, statutenwijziging, ontbinding, omzetting van de vennootschap en fusie tot hun competentie te laten behoren en hen balanscontroleurs te laten benoemen, art. III-1-3 en IV-3-1. Daar deze bevoegdheden uitputtend zijn opgesomd, kunnen in de statuten geen rechten aan de aandeelhouders worden toegekend die tot de competentie van andere organen behoren.

Het ontwerp van Sanders heeft geen andere pretentie dan te dienen tot uitgangspunt voor debat ¹. Zijn opvatting is niet in alle opzichten de mijne. Het is echter een eerste aanzet tot positivering van de rechtswerkelijkheid zoals deze ook in Nederland geldt en in het Forumbankarrest van de Hoge Raad van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 een keerpunt heeft gevonden.

§ 2 ORGANEN VAN DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

Omschrijving van het begrip orgaan

13. In de wettelijke regeling van de n.v. worden de organen niet als zodanig aangeduid, slechts wordt gesproken van algemene vergadering van aandeelhouders, van bestuur dan wel bestuurders en van commissarissen. Het commissariaat is facultatief. Men neemt algemeen aan dat in de statuten in beginsel een onbeperkt aantal organen kan worden gecreëerd, mits daarmee niet wordt getornd aan de dwingende rechten van andere organen ².

Over de inhoud van het begrip orgaan bestaat geen overeenstemming. Het begrip wordt gewoonlijk in verband gebracht met extern handelen van de n.v. De rechtspersoon kan nu eenmaal slechts handelen door middel van natuurlijke personen, die voor hen optreden. Van de leer die men omtrent de rechtspersoonlijkheid huldigt hangt af, of men de handeling van de natuurlijke persoon een handeling van de rechtspersoon noemt dan wel deze aan de rechtspersoon toerekent. De term orgaan wordt niet alleen gebruikt door hen die de zogenaamde orgaantheorie huldigen – de leer dat de rechtspersoon een organisme is als werkelijk bestaand wezen, bekwaam tot het vormen van wil – maar wordt meestal gebezigd zonder enige relatie met een bepaalde theorie over de rechtspersoonlijkheid.

Diverse pogingen zijn gedaan om het begrip orgaan een zekere inhoud te geven. Ik vermeld enkele omschrijvingen.

Beekhuis ³: een bijzondere categorie van vertegenwoordigers, waarop in het algemeen de regels van vertegenwoordiging van toepassing zijn; Van

1. Het dubbelnummer 11/12 van NV 45 is hier geheel aan gewijd.

2. Van der Grinten, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1966, p. 5. Dit preadvies zal nader worden aangeduid als: preadvies VBN.

3. J. H. Beekhuis, Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden, diss. Utrecht 1934, p. 13 e.v.

Brakel ¹: de persoon die geheel vrij is binnen de grenzen der statuten naar eigen inzicht voor de rechtspersoon besluiten te nemen; Van der Pot ²: de persoon die krachtens wet of concrete opdracht de wil van de rechtspersoon tot uiting kan brengen en daartoe rechtshandelingen kan verrichten, welke de rechtspersoon binden, of materiële daden kan stellen die de rechtspersoon worden toegerekend; Kranenburg ³: ieder die een geregelde werkzaamheid ten dienste van de geordende rechtspersoon vervult; P. Scholten ⁴: degeen die krachtens wet of statuten bevoegd is voor de rechtspersoon te handelen; Bregstein ⁵: de vertegenwoordiger bij de rechtspersoon, wiens bevoegdheid niet uitdrukkelijk wordt verleend, maar in de statuten en reglementen ligt opgesloten, wiens benoeming derhalve geen lastgeving doch aanstelling is; Rutten ⁶: een persoon of college, krachtens wet of statuten bevoegd de wil van de betrokken corporatie tot stand of tot uiting te brengen.

14. De Hoge Raad heeft nimmer aangegeven wat een orgaan van een n.v. is, de jurisprudentie is onduidelijk. Toch is het van belang de inhoud van het begrip orgaan nader aan te duiden, omdat slechts een besluit van haar organen de n.v. bindt en bovendien in de leer van de Hoge Raad zoals deze blijkt uit het arrest van 10 juni 1955, NJ 1955, 552 een n.v. slechts door haar organen een onrechtmatige daad kan begaan. In dit arrest van 1955 kreeg de Hoge Raad te beslissen over het probleem of de onrechtmatige daad van iemand, die door een n.v. met vertegenwoordigingsbevoegdheid was bekleed, tevens een onrechtmatige daad van de n.v. zelf was.

Het betrof een agent van een verzekeringsmaatschappij, die een concurrerende maatschappij op onbehoorlijke wijze haar verzekerden aftroegelde. Vast stond dat het handelen van de agent geschiedde binnen de formele kring van zijn bevoegdheid en onrechtmatig was. De concurrerende maatschappij vorderde in het geding een verbod op verbeurte van een dwangsom, zowel tegen de agent als tegen de verzekeringsmaatschappij waarvoor hij optrad. De belangrijke vraag was nu of die vordering rehtens ook tegen de maatschappij toewijsbaar was.

In cassatie stelde de concurrerende maatschappij dat een rechtspersoon aansprakelijk is voor de onrechtmatige daden van degeen, die door hem met vertegenwoordigingsbevoegdheid is bekleed, door deze verricht binnen de formele kring van zijn bevoegdheid, ook dan wanneer deze vertegenwoordiger niet als orgaan van de rechtspersoon kan worden aangemerkt. De Hoge Raad aanvaardde deze stelling echter niet en zulk met de overweging 'dat toch niet het enkele feit dat aan iemand door de rechtspersoon vertegenwoordigingsbevoegdheid is verleend, doch de omstandigheid dat de bijzondere verhouding aanwezig is, waarin hij als orgaan tot de rechtspersoon staat, de rechtspersoon voor de

1. S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht* I, 3e druk 1948, p. 626.
2. C. W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 7e druk 1962, p. 281.
3. R. Kranenburg, *Het Nederlandse staatsrecht*, 7e druk, p. 305.
4. Asser-Bregstein, p. 107-108.
5. Asser-Bregstein, p. 107.
6. L. E. H. Rutten in noot onder HR 10 juni 1955, NJ 1955, 552, alsmede in Asser-Rutten II p. 550.

onrechtmatige daden, welke hij alsdan als orgaan binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid verricht, aansprakelijk doet zijn, wijl dan zijn handelen met dat van de rechtspersoon is te vereenzelvigen'.

In zijn conclusie vóór dit arrest gaf de procureur-generaal Langemeijer als zijn mening, dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad iemand die de bevoegdheid heeft een n.v. te vertegenwoordigen reeds op die grond orgaan van de n.v. zal zijn, in die zin, dat zijn daden als zodanig als die van de vennootschap gelden wanneer zij binnen de formele kring van zijn bevoegdheid vallen. Hij verwees daarbij onder meer naar enkele oudere arresten van 1914, 1916 en 1921¹. In zijn noot onder dit arrest in NJ betwijfelde Rutten reeds of deze gevolgtrekking uit die rechtspraak was af te leiden. Doch hoe dat ook zij, de Hoge Raad aanvaardde dit thans in ieder geval niet (meer). De belangrijke vraag, wat nu een orgaan is, werd daarbij helaas niet beantwoord.

Ik lees het arrest zo, dat slechts handelingen van organen van een n.v. als handelingen van de vennootschap zelf kunnen worden beschouwd. Alleen voor deze handelingen is zij op grond van art. 1401 BW aansprakelijk en is een verbodsactie, eventueel op verbeurte van een dwangsom, mogelijk. Dat laat onverlet dat de n.v. ten aanzien van handelingen van andere functionarissen, die niet orgaan zijn, op grond van art. 1403 BW aansprakelijk kan zijn. Maar de verbodsactie kan men slechts instellen bij en een dwangsom kan de n.v. slechts verbeuren door handelingen van een orgaan². Dat sluit ook aan bij een tweede belangrijke overweging in het arrest, nl. dat art. 1403 lid 3 BW 'geen grondslag biedt voor een veroordeling van den meester om met het oog op de misdragingen van zijn ondergeschikte . . . enige verplichting om te doen of niet te doen na te komen'.

15. Welke is nu die bijzondere verhouding tot de vennootschap, die iemand volgens de Hoge Raad tot orgaan bestempelt? En moet hierbij onderscheid worden gemaakt tussen extern en intern optreden? Gewoonlijk denkt men bij de benadering van het begrip orgaan slechts aan extern optreden, maar zou men ook iemand orgaan kunnen noemen wanneer hij slechts intern optreedt? Ik geloof dat deze vraag meer van theoretische dan van praktische aard is. Er zullen maar weinig gevallen zijn – zo ze al voorkomen – waarin een interne rechtshandeling van een orgaan niet tevens direct extern werkt³.

De hiërarchische hoogte van de plaats van de functionaris in de n.v. kan op zich zelf bezwaarlijk doorslaggevend zijn. Hoezeer verschillend kan die voor een procuratiehouder, een agent en een verkoopchef in onderscheiden bedrijven niet zijn! Bovendien zou daartegen als bezwaar gelden dat die functies voor derden moeilijk kenbaar zijn, omdat daarover in statuten niets wordt geregeld. De benaming van de functie is evenmin een goede maatstaf. Men is vrij in het gebruik van aanduidingen en de bepaling van de inhoud daarvan, behalve met betrekking tot bestuurders. De functie van bestuurder

1. HR 24 dec. 1914, NJ 1915, 257; 25 febr. 1916, NJ 1916, 497; 6 jan. 1921, NJ 1921, 310.

2. Löwensteyn, Over het rechtmatig en onrechtmatig 'handelen' van de naamloze vennootschap, Studiekring Prof. Mr J. Offerhaus 1965, p. 12.

3. Zie hierover nader paragraaf 5 van dit hoofdstuk.

moet toch geacht worden een minimale wettelijke inhoud te hebben. Men kan zich trouwens afvragen of in hiërarchische hoogte dan wel benaming een juridisch relevant verschil mag liggen.

Zie ik het goed, dan denken Van der Grinten ¹, Aubel ² en Maeijer ³ daar anders over. De beide eerstgenoemden benaderen het probleem aldus: Niet terzake doet wiens handelen aan de rechtspersoon moet worden toegerekend, doch welk handelen typisch handelen van de rechtspersoon is. En de maatstaf ter beantwoording van deze vraag is volgens hen slechts te vinden in de verkeersopvatting.

Van der Grinten adstrueert dit met het volgende voorbeeld ⁴: De verkoopchef van Hoogovens laat een door hem ondertekende circulaire uitgaan aan afnemers, waarin bepaalde produkten van concurrerende ondernemingen denigrerend worden besproken. De verkoopchef is geen orgaan, immers ondergeschikte functionaris. En toch, aldus Van der Grinten, zal de Nederlandse rechter stellig de circulaire als onrechtmatige daad van Hoogovens aanvaarden, en dit omdat in het maatschappelijk verkeer deze circulaire wordt beschouwd als een handelen van Hoogovens.

Ik betwijfel of het voorbeeld van Van der Grinten opgaat. Wel zal Hoogovens aansprakelijk zijn, maar niet op grond van art. 1401 BW. Tegen de verkoopchef zal een verbodsactie, eventueel op verbeurte van een dwangsom, kunnen worden ingesteld, tegen Hoogovens niet. Het zal anders zijn wanneer de verkoopchef met zijn onrechtmatig handelen voortgaat en het daartoe bevoegde orgaan van Hoogovens, dit wetende, geen passende maatregelen neemt om zulks te voorkomen. Dan kan er sprake zijn van een onrechtmatige gedraging van een orgaan, dus van de vennootschap zelf. Het standpunt van Van der Grinten lijkt mij trouwens ook praktisch bezwaarlijk. Zou het voor de verkoopchef anders liggen dan voor een eenvoudig employé op de verkoopafdeling van Hoogovens? En voor de verkoopchef in het ene bedrijf anders dan voor dezelfde functionaris elders? Het is moeilijk daarin een juridisch relevant verschil te zien.

Aubel erkent dat het begrip verkeersopvatting wellicht wat zwevend is. Toch vindt hij de opvatting van Van der Grinten de enige die de problemen zuiver stelt. Men dient, zo schrijft hij, de activiteit van de rechtspersoon in één vue te omvatten en vanuit die eenheidsvisie de vraag te benaderen, welke activiteiten typisch activiteiten van de rechtspersoon zijn ⁵. Maeijer uit bezwaren tegen het beslissend laten zijn van de verkeersopvatting. 'De verkeersopvatting is naar mijn gevoel een begrip dat nog meer zweeft dan het begrip orgaan van een rechtspersoon'. Hij zoekt de maatstaf veeleer in een min of meer algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid, zij het dat deze kan liggen

1. Asser-Van der Grinten, p. 122; NV 43, p. 187; Handboek nr. 236.

2. C. P. Aubel, Persoon en pers, diss. Nijmegen 1968, p. 168 e.v.

3. RM Themis 1967, p. 312 e.v. Vergelijk ook Ch. J. J. M. Petit, *Ars Aequi* V, p. 147 e.v.

4. NV 43, p. 187.

5. Diss., p. 168-169.

op een beperkt werkgebied. Als voorbeeld noemt hij de directeur van een bijkantoor aan wie een gestie als algemene taak is toevertrouwd. De ondergeschiktheid van die directeur aan de hoofddirectie is er zijns inziens geen belemmering voor, dat hij orgaan van de n.v. kan zijn ¹.

De verkeersopvatting is een rekbaar begrip. Maar een 'min of meer algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid' eigenlijk evenzeer. Beide maatstaven lijken mij praktisch moeilijk hanteerbaar. Het komt mij voor dat de bijzondere verhouding tot de n.v. die iemand tot orgaan maakt, gezocht moet worden in de bevoegdheid autonoom de rechtsbetrekkingen in de vennootschap (nader) bindend te regelen. Onder autonomie versta ik hier, dat de functionaris in de uitoefening van zijn bevoegdheid niet is onderworpen aan instructies van anderen in de vennootschap ². En onder functionaris begrijp ik ook een college. Autonoom is de bevoegdheid in de n.v. eerst, wanneer deze in wet of statuten is vastgelegd. Is dat niet het geval, dan is deze steeds afgeleid van die welke voor een andere functionaris wel in wet of statuten is geregeld. Bij de uitoefening van de afgeleide bevoegdheid bestaat de mogelijkheid van onderworpen zijn aan instructies van de functionaris van wie de bevoegdheid werd afgeleid. Van autonomie is dan geen sprake.

Het feit dat een bepaalde functie in de statuten wordt vermeld is op zichzelf niet voldoende om autonomie van de functionaris aan te nemen; de bevoegdheid moet in de statuten zijn vastgelegd. Men treft wel eens in statuten bepalingen aan, dat het bestuur gerechtigd is onderdirecteuren of procuratiehouders aan te stellen zonder dat verder over hun bevoegdheden iets wordt geregeld. Hun bevoegdheid leiden zij dan af van het bestuur en is daarom niet autonoom; zij zijn geen orgaan. Dit geldt niet voor het bestuur en de vergadering van aandeelhouders, die immers reeds krachtens de wet autonome bevoegdheden hebben.

Dit betekent dat ik mij meer verwant voel aan de opvatting van Rutten ³. Als orgaan beschouw ik de persoon of het college, die, casu quo dat, krachtens wet of statuten bevoegd is autonoom de rechtsbetrekkingen in de vennootschap (nader) bindend te regelen. En ik zie daarbij geen onderscheid naargelang van de externe of interne werking van de rechtshandeling, waarbij die (nadere) regeling tot stand wordt gebracht. Indien bijv. iemand (die niet reeds uit anderen hoofde orgaan is) krachtens de statuten bevoegd is een commissaris te benoemen – zijn enige bevoegdheid – is hij orgaan van de vennootschap. Ook al zou men kunnen stellen, dat zo'n benoeming slechts intern werkt; wat overigens niet mijn mening is.

In het nieuwe BW wordt de term orgaan wederom gebezigd zonder dat van het begrip een omschrijving wordt gegeven, art. 2.1.5a, 2.1.7b en 2.1.9a. De suggestie daartoe, door enige leden van de Tweede Kamer geuit in het

1. RM Themis 1967, p. 315.

2. Löwensteyn, Over het rechtmatig en onrechtmatig 'handelen' van de naamloze vennootschap, Studiekring Prof. Mr J. Offerhaus 1965, p. 8-9.

3. In noot onder HR 10 juni 1955, NJ 1955, 552 alsmede in Asser-Rutten II p. 550.

voorlopig verslag op art. 2.1.7, is niet ingewilligd, omdat bij de memorie van antwoord dit artikel is ingetrokken ¹.

Verschillende organen

16. Welke personen zijn nu te beschouwen als orgaan van de n.v.?

In ieder geval de algemene vergadering van aandeelhouders en zulks krachtens de wet, art. 43 K. Niet de individuele aandeelhouder, want als zodanig heeft hij geen autonome bevoegdheid; tenzij hij de enige is, in welk geval hij immers tevens de algemene vergadering vormt.

In ieder geval ook het bestuur, eveneens krachtens de wet, art. 47 K. In de contractuele visie zou dat anders zijn, daar werd immers geleerd dat de algemene vergadering van aandeelhouders de hoogste macht in de n.v. bezit en de bevoegdheden van andere organen daarvan zijn afgeleid ². De autonomie van het bestuur is geen probleem meer sinds het Forumbankarrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 ³. Voor de individuele bestuurder geldt hetzelfde als voor de individuele aandeelhouder. Een in de statuten gecreëerd dagelijks bestuur is slechts dan orgaan, wanneer het in de uitoefening van statutair geregelde bevoegdheden niet afhankelijk is van het volledige bestuur.

Alle overige organen zijn facultatief; zij zijn slechts krachtens de statuten orgaan. Ook de raad van commissarissen. De commissarissen worden wel in de wet genoemd, art. 50 lid 1 K, doch de statuten moeten hun taak omschrijven, art. 50 lid 2 K ⁴. In de uitoefening daarvan is de raad echter autonoom. De motivering van het Forumbankarrest geldt in beginsel ook voor hem ⁵. Men bedenke echter wel dat de raad slechts dan orgaan is, wanneer hij ook beslissingsbevoegdheid heeft. Dat is dus niet het geval wanneer zijn taak slechts een adviserende is. Voor de individuele commissaris geldt hetzelfde als voor de individuele aandeelhouder en bestuurder.

Een gedelegeerde commissaris is alleen dan in die hoedanigheid orgaan, wanneer zijn bijzondere functie met daaraan verbonden bijzondere bevoegdheden in de statuten is geregeld. Anders steunt zijn bevoegdheid slechts op delegatie door de raad van commissarissen. In het eerste geval is hij in zijn bevoegdheid autonoom; de benaming gedelegeerde past daar dan eigenlijk niet goed bij. In het tweede geval oefent hij zijn bevoegdheid uit namens en onder verantwoordelijkheid van de raad; van autonomie is dan geen sprake ⁶.

1. Van Zeben, p. 134.

2. Paragraaf 1 van dit hoofdstuk.

3. Nr. 76.

4. Met dien verstande dat de bevoegdheden krachtens de art. 44a lid 3 en 51b K de commissaris dwingend, dus onvervreemdbaar toekomen.

5. Löwensteyn, Over het rechtmatig en onrechtmatig 'handelen' van de naamloze vennootschap, Studiekring Prof. Mr J. Offerhaus 1965, p. 11.

6. P. W. Kamphuisen, NV 34, p. 41 e.v.; Handboek nr. 281.1.

In de praktijk is uit de omschrijving in de statuten de functie van de gedelegeerde commissaris soms moeilijk te kennen ¹.

Andere mogelijkheden van organen zijn:

- het college van directeuren en commissarissen tezamen. Deze constructie wordt wel eens gebezigd ter regeling van het recht van bindende voordracht voor benoeming van bestuurders en commissarissen. Daar als departementale richtlijn geldt, dat bestuurders geen commissarissen mogen benoemen, vergt het departement dat bij de instelling van een college als het onderhavige met het recht van bedoelde bindende voordracht de commissarissen tenminste één stem meer kunnen uitbrengen dan de bestuurders ²;
- de vergadering van houders van prioriteits- of preferente aandelen. Een dergelijk orgaan wordt veelal gecreëerd om belangrijke beslissingen te leggen in handen van enkelen, die nauw met de n.v. zijn verbonden;
- een college van door aandeelhouders gekozenen, een soort ledenraad in de trant als bekend bij de coöperatieve vereniging;
- de vergadering van prioriteitsaandeelhouders met een commissaris. De statuten van Hoogovens kennen een regeringscommissaris, die door de minister van economische zaken wordt aangewezen. Deze regeringscommissaris vormt met de prioriteitsaandeelhouders een afzonderlijk orgaan voor bepaling van het aantal en het doen van een bindende voordracht voor benoeming van bestuursleden en commissarissen, alsmede voor het goedkeuren van statutenwijziging en ontbinding;
- de minister van economische zaken ten aanzien van zijn bevoegdheid een regeringscommissaris van Hoogovens te benoemen ³.

Er wordt wel eens betwijfeld of het doen van een bindende voordracht, het vooraf of achteraf goedkeuren van een besluit van een ander orgaan of het gebruikmaken van een recht van initiatief zelf tot de besluitvorming gerekend kunnen worden. Ik meen van wel. Weliswaar zijn de voordracht, de goedkeuring of het initiatief aspecten van de wijze van totstandkomen van het besluit van het orgaan dat het voor te dragen of goed te keuren besluit neemt, maar ik zie in de voordracht of de goedkeuring zelf ook een besluit, dat evenals andere besluiten aan eisen van openbare orde en goede zeden, wet, statuten en goede trouw moet voldoen.

1. Van der Grinten, NV 43, p. 154; NV 45, n. 18.

2. Van der Grinten, NV 45, p. 18. Vergelijk in het Belgische wetboek van koophandel art. 55 laatste lid en art. 68 de algemene raad, samengesteld uit de gezamenlijke beheerders en commissarissen.

3. In zijn ontwerp voor een statuut van een Europese n.v. heeft Sanders twee nieuwe organen bedacht. nl. de vergadering van houders van bij eenzelfde openbare emissie uitgegeven obligaties, art. III-3-3, en een orgaan voor medezeggenschap, art. V-2-1B. Aan eerstgenoemd orgaan kent hij zelfs rechtspersoonlijkheid toe.

Meerhoofdige en éénhoofdige organen

17. Met betrekking tot een besluit denkt men gewoonlijk aan een meerhoofdig orgaan. De meest sprekende wijze van besluitvorming is die, waarbij verschillende besluitvormers de meerderheid vormen.

Indien echter in een vergadering van meer aandeelhouders slechts één aandeelhouder, vertegenwoordigende minstens het voor aanvaarding van een besluit benodigde kapitaal, voor aanvaarding stemt, is er eveneens een besluit van een meerhoofdig orgaan. Het feit, dat een aandeelhouder over meer aandelen beschikt, laat onverlet dat typologisch voor elk aandeel één aandeelhouder moet worden gezien; de stemmen van al deze denkbeeldige aandeelhouders worden door één persoon uitgebracht, maar blijven in hun aard afzonderlijke stemmen.

Wanneer in een vergadering van diverse besluitvormers, waarin iedere besluitvormer een gelijk stemrecht heeft, slechts één besluitvormer zijn stem uitbrengt, is niettemin van een besluit van een meerhoofdig orgaan sprake. Blanco of ongeldige stemmen worden niet als uitgebracht beschouwd en tellen niet mee bij het bepalen van de meerderheid¹. De ene geldig uitgebrachte stem vormt de volstrekte meerderheid, voor wat aandeelhouders betreft als bedoeld in art. 44d K. Zelfs bij het standpunt van Ter Kuile, die eerst van een besluit wil spreken bij overleg van meer personen en daarom een besluit van een éénhoofdig orgaan niet kent, doch dit een persoonlijke handeling noemt², zal ten deze van een besluit sprake zijn nu in dit voorbeeld in ieder geval overleg van meer personen aanwezig is, ook al heeft dit tot resultaat dat slechts één persoon zijn stem uitbrengt.

Wordt een vergadering slechts door één besluitvormer bezocht, dan kunnen geldige besluiten worden genomen mits aan de daartoe gestelde vereisten is voldaan³. Het blijft een besluit van een meerhoofdig orgaan. In een eenmans-n.v. is een besluit van de enige aandeelhouder typologisch meerhoofdig, al worden alle stemmen door één besluitvormer geuit. De uiting zal noodzakelijk zijn, omdat aan derden de wil van de aandeelhouder moet blijken om als orgaan van de n.v. een besluit te laten gelden. Hetgeen niet wordt geuit is niet rechtens relevant. De uiting kan eventueel geschieden door vastlegging in notulen, doch is in beginsel vormvrij. De uiting behoeft niet expressis verbis te geschieden, doch kan uit handelingen blijken. Zijn er meer aandeelhouders, dan is uiting reeds vanzelfsprekend, omdat de stem tegenover de anderen moet worden uitgesproken, althans bekend gemaakt.

Onjuist althans onvolledig acht ik dan ook de mening van Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 29 sept. 1950, NJ 1951, 238: een houder van alle

1. Handboek, nr. 219.

2. H. J. C. ter Kuile, *Besluitvorming en de bekrachtiging van onbevoegdlijk genomen besluiten van de naamloze vennootschap*, Studiekring Prof. Mr J. Offerhaus 1964, p. 1.

3. Rb. Alkmaar 4 dec. 1919, NJ 1920, 319; Rb. Rotterdam 29 nov. 1928, W 12155; Coebergh, NV 24, p. 44.

aandelen ener n.v. kan zich zelf tot directeur maken door de enkele interne wil het te zijn. Er is immers op zijn minst enige uiting van die wil, in welke vorm ook, nodig, opdat deze als besluit van de n.v. geldt. Anderzijds acht ik ook onjuist en trouwens onwezenlijk hetgeen Kamphuisen in dit verband schrijft, nl. dat er moet zijn 'een manifestatie van de zijde van de aandeelhouder, dat hij den wil heeft hic et nunc een vergadering van aandeelhouders te houden, zij het dan dat deze allen in zijn persoon verenigd zijn' ¹. Voldoende is een manifestatie van de wil om als orgaan van de n.v. een besluit te laten gelden, enig vergadercachet is niet nodig.

18. Met betrekking tot éénhoofdige organen is in eigenlijke zin bij besluitvorming niet te spreken van het uitbrengen van een stem. Wanneer de persoon die als eenhoofdige orgaan fungeert na overwegingen zijn mening heeft gevormd, heeft hij zijn wil bepaald. Die wilsbepaling voltrekt zich geheel binnen die persoon en is niet rechtens relevant. Eerst wanneer die persoon zijn wilsbepaling kenbaar maakt en op een rechtsgevolg richt, is van een rechtens relevant besluit sprake. Dat beoogde rechtsgevolg moet dan zijn een bindende (nadere) regeling van de rechtsbetrekkingen in de n.v.

Het kenbaar maken van de wilsbepaling is noodzakelijk alvorens van een rechtens relevant besluit te kunnen spreken ². Vastlegging in notulen is niet vereist, slechts kenbaarheid voor derden. Mededeling is voldoende. Ook zonder woorden kan de wilsbepaling echter kenbaar worden gemaakt.

In de zevende druk van het *Handboek* van Van der Heijden-Van der Grinten ³ wordt het besluit typologisch een meerzijdige rechtshandeling genoemd. Dit geldt echter slechts voor het besluit van een meerhoofdige orgaan naar de onderscheidingen hiervoren gemaakt. Het besluit van een eenhoofdige orgaan kan niet een meerzijdige rechtshandeling zijn, ook niet typologisch; niettemin is het een besluit. Voor een besluit van een orgaan is niet essentieel dat het een meerzijdige rechtshandeling is ⁴. Naar het mij voorkomt wordt deze opvatting in de achtste druk van het *Handboek* thans ook voorgestaan ⁵.

Tijdens de parlementaire geschiedenis van het tweede boek nieuw BW is de vraag naar de mogelijkheid van een besluit van een eenhoofdige orgaan aan de orde gekomen. Bij eerste nota van wijzigingen heeft de minister het, niet in het ontwerp-Meijers voorkomende, art. 2.1.9a voorgesteld in een enigszins andere redactie dan uiteindelijk tot stand gekomen is, en wel: 'De vorige drie artikelen zijn van overeenkomstige toepassing op besluiten, genomen door andere, uit twee of meer personen bestaande, organen van een rechtspersoon'. De minister motiveerde de beperking 'uit twee of meer personen bestaande'

1. Kamphuisen, NV 27, p. 202.

2. Asser-Van der Grinten, p. 169.

3. Nr. 202.

4. Hülsmann, diss., p. 35. Anders: J. M. Polak, Inleiding tot het Nederlands rechtspersonenrecht, 1960, p. 47 en, naar het schijnt, ook P. L. Wery, NV 43, p. 63.

5. Nr. 202.

met de toelichting, dat slechts het door een meerhoofdig orgaan genomen besluit zelf een rechtshandeling was; dat een 'besluit' van een uit één persoon bestaand orgaan slechts een zuiver interne wilsbepaling was, evenals het 'besluit' van een natuurlijk persoon ¹.

Door de afgevaardigde Versteeg werd een amendement voorgesteld tot weglating van de woorden 'uit twee of meer personen bestaande'. De regeringscommissaris Drion verdedigde aanvankelijk de door de minister voorggelegde tekst, maar ging later toch mee met het amendement, dat daarna door de regering is overgenomen. De woorden 'uit twee of meer personen bestaande' verdwenen uit het artikel. Dit betekent naar mijn mening dat de wetgever van het nieuwe BW het bestaan van een besluit van een eenhoofdig orgaan erkent.

De plaats en de functie van het bestuur en de raad van commissarissen zijn wezenlijk anders dan die van de algemene vergadering van aandeelhouders

19. De voornaamste organen in de n.v. zijn de algemene vergadering van aandeelhouders, het bestuur en de raad van commissarissen. De plaats en de functie van de beide laatste organen is niet alleen praktisch maar ook essentieel anders dan van de eerste. Dat heeft zijn consequenties, onder meer voor de vraag vanuit welke gezichtshoek de belangenbehartiging door hen dient te worden benaderd. Ik kom daar nog op terug ². Op het onderscheid wil ik echter reeds nu wijzen.

De aandeelhouders vormen de basis in de structuur van de n.v. als kapitaalassociatie. Het financiële risico rust in het stelsel van ondernemingswijze produktie op de eerste plaats op hen. Op de eerste plaats, want ook anderen zoals werknemers en evenzeer bestuurders en commissarissen lopen risico's. Maar hun risico heeft een ander karakter. Het kapitaal blijft aan de onderneming gebonden; het is voor een belangrijk deel in vastgelegde middelen geïnvesteerd en overigens praktisch dikwijls moeilijk los te maken. Weliswaar heeft de aandeelhouder de mogelijkheid zijn aandeel van de hand te doen, doch slechts indien hij een ander bereid vindt zijn aandeelhouder-schap over te nemen. Aan het beginsel doet dit geen afbreuk; de gebondenheid van het kapitaal, collectief gezien, blijft.

De werknemers, bestuurders, commissarissen, kunnen individueel of collectief in beginsel ieder moment zich losmaken en voor hun diensten bij anderen een contraprestatie bedingen. Als zij hun vorderingen laten oplopen, behouden zij er aanspraak op. Bij faillissement zijn zij voor hun loonvorderingen preferent. Na de preferenties van leveranciers en andere derden en de voldoening van de overige concurrente crediteuren moeten de aandeelhouders

1. Van Zeben, p. 166.

2. Hoofdstuk VI, paragraaf 2.

maar afwachten of er voor hen nog iets overschiet. De praktijk wijst uit, dat daarvan veelal niets terecht komt. En daarbij bedenke men dan nog, dat een faillissement gewoonlijk wordt voorafgegaan door diverse jaren zonder dividenduitkering. Als aandeelhouders hun vorderingen laten staan, door reservering, zijn zij die bij faillissement praktisch altijd kwijt.

Het is daarom dan ook dat de aandeelhouders een behoorlijke zeggenschap zouden ¹ dienen te hebben en te behouden met betrekking tot de aard en omvang van het samenwerkingsverband ²; ik denk hier dan vooral aan benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen, vaststelling van de jaarrekening, statutenwijziging en ontbinding. Hierbij past als logisch uitvloeisel, dat de aandeelhouders bij de uitoefening van het stemrecht primair hun eigen belang mogen nastreven ³. Daarbij moeten zij wel alle andere relevante belangen afwegen, maar zij behoeven hun eigen belangen niet aan die andere op te offeren.

Voor het bestuur en het commissariaat ligt dit wezenlijk anders. Het bestuur is in de structuur van de n.v. het orgaan van het verband, van de eenheid. Het heeft tot taak de vennootschap te leiden tot haar doel, het winstgevend werkzaam zijn in het maatschappelijk verkeer en wel op de in de statuten aangegeven wijze. Om dat doel te bereiken dient het bestuur primair het belang van de vennootschap – continue rentabiliteit van het geïnvesteerde kapitaal – na te streven ⁴. Het belang van het bestuur als zodanig is daaraan ondergeschikt. Dit belang is er wel, er is nu eenmaal een bestuur nodig, maar het is secundair.

De commissaris treedt niet op als representant van aandeelhouders of enige andere belangengrootheid ⁵. Zijn taak is gericht op het complex van belangen, dat, zoals later zal worden uiteengezet, wordt genoemd het vennootschappelijk belang. De controverse tussen hen die in het commissariaat een vooral toezichthoudende taak zien ⁶ en hen die de commissaris meer als adviseur

1. De praktijk is dikwijls anders door oligarchische constructies.

2. Van der Grinten, NV 40, p. 185-186; Open Ondernemerschap, p. 48, 87-88.

3. HR 30 juni 1944, NJ 1945, 465 inzake Wennex; 13 nov. 1959, NJ 1960, 472 inzake Distilleerderij; 19 feb. 1960, NJ 1960, 473 inzake Aurora; Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276.

4. Handboek, nr. 231 en 233; Maeijer, rede, p. 11; De hervorming van de onderneming, p. 52; Open Ondernemerschap, p. 48; Rapport commissie Verdam, p. 14. In het nieuwe Duitse Aktiengesetz wordt de taak van de directie eenvoudig als volgt omschreven: 'Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten'. Voorheen luidde dit: 'Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich erfordern'. Zie hierover Sanders, NV 43, p. 133. Op het doel van de vennootschap zal worden ingegaan in hoofdstuk V, op het belang van de vennootschap en andere belangengrootheden in hoofdstuk VI.

5. Maeijer, rede, p. 11; De hervorming van de onderneming, p. 61; Open Ondernemerschap, p. 225; Van der Grinten, NV 40, p. 185, in een bespreking van laatstgenoemd rapport; Rapport commissie-Verdam, p. 78; Bloemsma, NV 46, p. 133 e.v.

6. H. D. M. Knol, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van directie en commissarissen

beschouwen ¹, zou voor de visie die het commissariaat op zijn taak dient te hebben van belang kunnen zijn. De wetgever heeft welbewust afgezien van het geven van een omschrijving van die taak, omdat de statuten dat maar individueel moesten doen ². Art. 50 lid 2 K bepaalt dan ook, dat de akte van oprichting de taak dient te omschrijven.

De commissaris heeft zich in de praktijk bij veel vennootschappen ontwikkeld tot de adviseur, de mentor, van wie door zijn aanzien een toezicht houdende invloed uitgaat. De taak van het commissariaat moge al oorspronkelijk als toezicht zijn gedacht ³, het is voor mij nog een vraag of men dit als wezenlijk mag zien ⁴. Het departement schijnt echter te wensen, dat de taak van commissarissen nog wel bestaat uit het houden van toezicht ⁵, althans dat dit toezicht in de omschrijving van de taak wordt opgenomen.

Volgens het standpunt, dat de taak van het commissariaat vooral een toezichthoudende is, zeker wanneer men deze plaatst in historisch perspectief, zou men geneigd kunnen zijn nog te veel te denken aan toezicht op uitsluitend aandeelhoudersbelangen. De primaire behartiging van het vennootschappelijk belang vloeit daarentegen voor het commissariaat duidelijker voort uit de taak van adviseur, mentor. Het belang van het commissariaat als zodanig, evenals van het bestuur als zodanig, is daaraan ondergeschikt.

20. Dat de aandeelhouders als dragers van het eigenlijke ondernemersrisico ook in staat moeten zijn binnen redelijke grenzen het beleid te bepalen en een controlerende functie uit te oefenen ten opzichte van het bestuur, zou uit het voorgaande logisch voortvloeien. De praktijk is echter veelal anders, vooral bij grote en met name open vennootschappen.

De omvang van de bedrijfseenheid, van de kapitaalinvesteringen, de nood-

van naamlooze vennootschappen volgens Nederlandsch recht, diss Amsterdam 1936, p. 16, Van der Grinten, NV 26, p. 113; NV 30, p. 41; NV 40, p. 184; Kamphuisen, NV 34, p. 41 e v; Handboek nr 273 en 274; De hervorming van de onderneming, p. 155; Open Ondernemerschap, p. 219

1. Verdam, NV 30, p. 206; G. H. A. Grosheide, NV 36, p. 122 e v

2. Belinfante 1929, p. 24, 44, 93, 109, 218

3. H. de Boer, De commissarissenfunctie, diss Amsterdam 1957, p. 21, 26, 30.

4. Verdam, NV 30, p. 206 e v, De hervorming van de onderneming, p. 512 e.v. In het rapport commissie-Verdam, p. 115, wordt als nieuw art. 50 K voorgesteld

'De akte van oprichting bepaalt of er een of meer commissarissen zullen zijn.

De commissarissen hebben tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en in de onderneming die door de vennootschap wordt gedreven. Zij staan het bestuur met raad ter zijde. De akte van oprichting kan de taak van commissarissen nader omschrijven. De bestuurders zijn verplicht aan commissarissen tijdig de voor de uitoefening van hun taak noodzakelijke inlichtingen te verschaffen

De commissarissen vervullen, binnen het raam van het algemeen belang, hun taak ten behoeve van het geheel der belangen van de vennootschap en van de met haar verbonden onderneming'

5. Van der Grinten, NV 45, p. 17-18

zaak tot research voor de verdere ontwikkeling van het produkt, de werking van de technologie, dwingen vooral bij 'grote' vennootschappen tot planning op lange termijn¹. De bestuurders zijn deskundigen geworden, die door opleiding en ervaring veelal meer geschikt zijn tot oordelen over het bedrijf dan de aandeelhouders. Dezen hebben dikwijls weinig kennis van en weinig begrip voor het bedrijf, missen doorgaans deskundigheid op het stuk van investeringen en liquiditeit en soortgelijke problemen. Zij hebben in het algemeen slechts oog voor de financiële resultaten op korte termijn, terwijl de bestuurders zich veel nauwer bij de onderneming en de gang van zaken in het bedrijf betrokken weten en hun beleid meer richten op groei van het bedrijf en rentabiliteit op lange termijn.

Wil een onderneming behoorlijk geleid worden, dan is een krachtig en deskundig bestuur noodzakelijk dat, naar eigen redelijk inzicht en op eigen verantwoordelijkheid, rekening houdend met alle relevante belangen, zelfstandig beslissingen, ook belangrijke, neemt.

Dit beleid moet essentieel ten doel hebben de aandeelhouders een redelijk rendement te verschaffen, waarin de aan het geïnvesteerde kapitaal verbonden risico's dienen te worden verdisconteerd. Het bestuur moet daarbij echter niet het risico lopen ondeskundig door aandeelhouders te worden gehinderd². Daartoe ziet men in de praktijk veelal oligarchische clausules gecreëerd, die ten doel hebben belangrijke beslissingen te leggen in handen van die leiding, dan wel van een kleine groep die nauw aan de n.v. is verbonden. Dit heeft tot gevolg dat de controlerende functie die de wet aan de algemene vergadering van aandeelhouders heeft toegedacht in feite veel minder waarborgen oplevert dan men op het eerste gezicht zou veronderstellen. Daardoor is, vooral bij open vennootschappen, niet de algemene vergadering van aandeelhouders het belangrijkste orgaan, 'het hoogste gezag', doch veeleer het bestuur, geadviseerd en gesteund door de raad van commissarissen³.

De hier signaleerde ontwikkeling leidt tot een belangrijk inhoudelijk verschil tussen de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders en die van bestuur en commissarissen. Essentieel is de besluitvorming in deze organen echter gelijk. In alle gevallen worden de rechtsbetrekkingen in de n.v. door een besluit (nader) bindend geregeld. Ik kan mij dan ook bezwaarlijk verenigen met de mening van de *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, in de vergadering van 1966 te Amsterdam geuit, dat bestuursbesluiten een speciale categorie zouden vormen met eigen merkwaardigheden⁴.

1. H. W. Lambers, TVVS 10, p. 207 e.v.

2. Kamphuisen, NV 30, p. 199 e.v.

3. Memorie van antwoord bij de rijksbegroting 1953, zitting 1952-1953 - 2800, p. 3.

4. Maeijer, NV 44, p. 226.

§ 3 RECHTSKARAKTER VAN HET BESLUIT

Het besluit is een rechtshandeling

21. Onder een rechtshandeling versta ik een handeling, waaraan het objectieve recht het ontstaan of tenietgaan van een subjectief recht of een rechtsbetrekking verbindt, omdat zodanig gevolg door de handelende persoon is beoogd¹. Het nemen van een besluit door een orgaan van de n.v. voldoet aan deze omschrijving. Besluitvormers stellen door hun wil te uiten – het stemmen – als geheel gezien een handeling, waaraan het objectieve recht, met inachtneming van de eis van voldoende meerderheid, een door hen beoogd gevolg verbindt, nl. de (nadere) bepaling van de rechtsbetrekkingen in de n.v. waarbij de minderheid is gebonden aan de wil van de meerderheid. Dit geldt uiteraard ook voor besluitvorming van een eenhoofdig orgaan; de meerderheid en de minderheid vloeien daar samen.

In het algemeen bestaat noch in de doctrine noch in de jurisprudentie twijfel over het uitgangspunt dat het besluit een rechtshandeling is, ook al drukt men zich niet altijd even zuiver uit². In de huidige wettelijke regeling of de geschiedenis daarvan is hierover niets terug te vinden. Tijdens de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW werd door de minister zonder nadere toelichting het nemen van een besluit door de algemene vergadering van aandeelhouders van een rechtspersoon een rechtshandeling genoemd, waarop dan ook in beginsel de derde titel van het tweede boek toepassing vindt. Dat geldt evenzeer voor besluiten van andere organen, gezien art. 2.1.9a³.

Verschillende schrijvers beschouwen het besluit als wilsverklaring van de organen voor de rechtspersoon⁴. Deze beschouwingwijze duidt echter nog niets aan. He rechtens relevante besluit impliceert wilsverklaring.

Wanneer een natuurlijk persoon na overwegingen, na wikken en wegen, zijn mening heeft gevormd, heeft hij zijn wil bepaald. Dat feit, die wilsbepaling, voltrekt zich geheel binnen de natuurlijke persoon, is niet rechtens relevant. Eerst wanneer die natuurlijke persoon zijn wilsbepaling voor derden kenbaar maakt en op een rechtsgevolg richt, is van een rechtens relevant besluit sprake. Zo'n besluit impliceert dus wilsverklaring.

1. Asser-Rutten II, p. 4.

2. Asser-Scholten, Personenrecht 1940, p. 142; Asser-Van der Grinten, p. 164; Polak, Inleiding tot het Nederlands rechtspersonenrecht, 1960, p. 48; Handboek, nr. 202; Verdam, diss., p. 4 en WPNR 3693; Van der Heijden, WPNR 3456; Hülsmann, diss., p. 27; Coebergh, NV 34, p. 22; J. Ronse, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1966, p. 10.

3. 'De vorige drie artikelen zijn van overeenkomstige toepassing op besluiten, genomen door andere organen van rechtspersonen met uitzondering van kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen'.

4. Voor een dergelijk standpunt pleitte Verdam reeds in WPNR 3693.

Wanneer een éénhoofdig orgaan van een rechtspersoon een rechtens relevant besluit neemt, is dat niet anders dan verklaring van de wilsbepaling van die natuurlijke persoon, gericht op het hiervoor genoemde rechtsgevolg, dat de rechtspersoon kan worden toegerekend. Zo'n besluit impliceert dus wilsverklaring.

Hiermede is het rechtskarakter van het besluit in de rechtspersoon echter niet verklaard. Het bijzondere aspect van de binding van de minderheid aan de meerderheid blijft dan nog onopgelost. Ik zal thans enkele opvattingen omtrent het rechtskarakter van het besluit aan een nader onderzoek onderwerpen.

Het besluit is niet een overeenkomst

22. Dat het besluit een overeenkomst is werd geleerd onder meer door Van Hall ¹, Gezelle Meerburg ² en Van der Meulen ³ en laatstelijk nog verdedigd door Ter Kuile ⁴.

In deze opvatting is de voor een overeenkomst nodige eenstemmigheid gezocht in de samenvoeging van de wil van de meerderheid met die van elke andere aandeelhouder om zich bij het oordeel van de meerderheid neer te leggen. Dit lijkt plausibel. Inderdaad heeft een aandeelhouder door deel te nemen in het kapitaal van de n.v. aanvaard, dat de wil van de meerderheid beslissend zal zijn. Maar daarom bestaat er nog niet eenstemmigheid over de inhoud van het besluit. En voor een overeenkomst is een dergelijke eenstemmigheid wél vereist. Bovendien komt een overeenkomst tot stand door onderling afhankelijke wilsverklaringen, waarvan bij besluitvorming geen sprake is ⁵. De ene besluitvormer stemt niet omdat ook of indien ook de ander stemt. Tenslotte geeft deze opvatting geen verklaring voor het rechtskarakter van het besluit van andere meerhoofdige en van eenhoofdige organen. Deze opvatting is daarom onhoudbaar ⁶.

Het besluit is niet uitvoering van een overeenkomst

23. De opvatting dat het besluit uitvoering van een overeenkomst is, werd

1. F. A. van Hall in zijn pleidooi in de zaak Brink/Nederlandse Handel-Maatschappij voor de Rotterdamse rechtbank, W 236. Deze opvatting werd door de rechtbank bij vonnis van 29 nov. 1841, W 246 niet gevolgd.

2. O. Gezelle Meerburg, W. H. Verloop en C. Westrate, *De wet op de coöperatieve verenigingen*, 1925, p. 34 en 86-87.

3. WPNR 2947.

4. A.w., p. 6.

5. Asser-Rutten, II p. 5-6, 8; Asser-Scholten, *Personenrecht* 1940, p. 141; G. J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, diss. Amsterdam 1939, p. 15-16.

6. Hulsmann, diss., p. 27 e.v.; J. A. M. Leistikow, NV 17, p. 66; Verdam, diss., p. 25; Löwensteyn, diss., p. 90; Handboek nr. 202.

vooral in de jurisprudentie gehuldigd en door velen onderschreven. Bij ontleding van deze opvattingen blijkt deze onderscheiding:

1. het besluit is uitvoering van de overeenkomst tussen de oprichters (de overeenkomst die vóór de oprichting zelve ligt, dus de overeenkomst tot oprichting);
2. het besluit is uitvoering van de statuten, gezien als overeenkomst tussen de deelgenoten;
3. het besluit is uitvoering van de statuten, gezien als overeenkomst tussen de rechtspersoon en de deelgenoten.

Ad 1. Dit standpunt is ingenomen door Blaisse en Moes voorzover het besluiten tot statutenwijziging betreft¹. Het is echter onjuist. Met en door de oprichting zijn de plichten uit de overeenkomst tot oprichting uitgewerkt. De plichten die daarna bestaan en ontstaan vinden hun oorsprong in het deelhebben aan een rechtsorganisatie als levende gemeenschap, die zich moet aanpassen aan telkens wijzigende omstandigheden. Dit zou in een bepaalde situatie kunnen verplichten tot medewerking aan statutenwijziging teneinde de noodzakelijke aanpassing te bereiken². De opvatting van Blaisse en Moes over andere besluiten dan die tot statutenwijziging blijkt niet, alhoewel zij implicite erkennen dat met betrekking tot deze hun standpunt niet opgaat. Reeds deze onderscheiding ontnemt iedere reële basis aan hun opvatting.

Ad 2. Dit standpunt is ingenomen door onder meer Tasman³, Besier⁴, Van der Heijden⁵, Westrate⁶, J. C. van Oven⁷ en Bregstein⁸, alsmede in HR 18 april 1913, W 9500; 29 nov. 1923, NJ 1924, 129 (coöp. ver.); 4 april 1924, NJ 1924, 564 (coöp. ver.); 2 dec. 1926, NJ 1927, 102 (coöp. ver.); 18 april 1929, NJ 1929, 900 (coöp. ver.); 20 maart 1930, NJ 1930, 650 (onderl. verz. mij.); 9 jan. 1941, NJ 1941, 528 en Hof Arnhem 29 juni 1948, in HR 1 april 1949, NJ 1949, 465.

Dit standpunt vloeit voort uit een contractuele opvatting met betrekking tot de oprichtingshandeling van de n.v. Wanneer men de oprichting als een obligatoire overeenkomst ziet, die de aandeelhouders tot uitvoering van die overeenkomst verplicht, is het logisch de uitvoering in de besluitvorming van de organen te zoeken: statutenwijziging uitvoering van de statutaire bepaling

1. WPNR 3827 en 3828.

2. Macijer, NV 42, p. 171.

3. WN 1907, p. 159.

4. Als adv.-gen. vóór HR 22 nov. 1928, NJ 1929, 439. De Hoge Raad laat zich in dit arrest niet uit over de aard van het besluit.

5. Handboek 1e druk, p. 249; 2e druk, p. 279.

6. NJB 1929, p. 185 e.v.

7. J. C. van Oven implicite, waar hij arresten van de Hoge Raad bespreekt en de constructie niet betwist, NJB 1931, p. 568 e.v.; 577 e.v.

8. Asser-Bregstein, p. 163 noot **.

dat de statuten gewijzigd kunnen worden; goedkeuring van de jaarrekening uitvoering van de statutaire bepaling, dat deze eenmaal per jaar aan de goedkeuring van de algemene vergadering onderworpen moet worden; enz.

Reeds het uitgangspunt is onjuist, de oprichtingshandeling is geen obligatoire overeenkomst. Bovendien kunnen besluiten tot statutenwijziging en tot goedkeuring van de jaarrekening evenzeer worden gezien als uitvoering van wettelijke bepalingen. Het zou wel op kunnen gaan voor aanvullende statutaire bevoegdheden, maar dat onderscheid wordt door de schrijvers niet gemaakt. Tenslotte nog dit. Een overeenkomst verplicht tot uitvoering. Wanneer besluitvorming uitvoering zou zijn van de statuten als overeenkomst, zou men dan ook tot besluitvorming verplicht zijn? Dat zou toch hoogstens voor enkele gevallen te verdedigen zijn, niet voor alle.

Ad 3. Dit standpunt is ingenomen door Rozendaal ¹, Dorhout Mees ², Zevenbergen ³ en Löwensteyn ⁴, alsmede in HR 3 mei 1928, NJ 1928, 1454 en 15 juni 1928, NJ 1928, 1626, beide betrekking hebbend op een besluit in een coöperatieve vereniging. Nog in een recent vonnis over een n.v. is dit standpunt te bespeuren, nl. van de Rb. Almelo 29 okt. 1958, gepubliceerd in HR 4 maart 1960, NJ 1962, 6.

Ook hier is het uitgangspunt onjuist. De relatie tussen de n.v. en de aandeelhouder is niet van contractuele aard doch heeft een eigen vennootschappelijk karakter, doordat de n.v. een verband is waarin de aandeelhouder een essentiële plaats inneemt. Hij maakt er deel van uit en staat niet tegenover haar als derde, zoals een werknemer of crediteur. De bezwaren hiervoor onder 2 uiteengezet gelden overigens ook hier.

Historisch zijn contractuele opvattingen met betrekking tot het besluit overigens wel verklaarbaar. De rechter verschaftte zich hierdoor een wettelijke grondslag om besluiten te toetsen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, de in art. 1374 BW geregelde objectieve goede trouw. Sedert de Hoge Raad in 1946 echter ook andere rechtsbetrekkingen dan obligatoire overeenkomsten aan de goede trouw onderworpen heeft geacht ⁵ is de voorstelling van besluit als overeenkomst of uitvoering van overeenkomst niet meer noodzakelijk om toetsing aan goede trouw te bereiken. De toetsing aan de goede

1. J. Rozendaal. Rechten van derden ten aanzien van ongeldige besluiten en antistatutaire handelingen bij de naamloze vennootschap, diss. Rotterdam 1931, p. 75.

2. A.w., p. 225.

3. In zijn bewerking van W. L. P. A. Molengraaff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht, 9e druk 1953, I, p. 300.

4. Diss., p. 93.

5. HR 20 dec. 1946, NJ 1947, 59 (verhouding tussen erfgenamen); 9 mei 1952, NJ 1953, 563 (ontbonden huwelijksgemeenschap); 19 maart 1954, NJ 1955, 40 (instellen vordering); 15 nov. 1957, NJ 1958, 67 (precontractuele verhouding); 23 dec. 1965, NJ 1967, 44 (verhouding deelgerechtigden in gemeenschappelijke boedel).

trouw wordt niet meer op art. 1374 BW doch op het recht gebaseerd. Vergelijk HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 inzake I.A.M./Mante.

Het besluit is niet een Gesamtakt

24. Door Kuntze is in 1892 ¹ het begrip Gesamtakt ontwikkeld. Daaronder werd verstaan een samengaan van verschillende zelfstandige rechtshandelingen gericht op éénzelfde rechtsgevolg, welke rechtshandelingen gewoonlijk door de verschillende personen afzonderlijk worden verricht, maar bij uitzondering door meer personen tegelijk omdat zij tezamen tot het stellen van die handelingen gerechtigd zijn. Een voorbeeld: verhuren is een rechtshandeling die gewoonlijk door één persoon, de eigenaar, geschiedt; zijn meer personen eigenaar van hetzelfde pand, dan zullen zij gezamenlijk de rechtshandeling van verhuren moeten stellen om het beoogde gevolg te bereiken. Door sommigen is nu het nemen van een besluit als een Gesamtakt beschouwd, onder meer door Asser-Scholten ² en Rutten ³.

Deze theorie geeft echter geen oplossing voor het specifieke verschijnsel bij het besluit, dat de minderheid door de meerderheid wordt gebonden. De wilsverklaringen van de besluitvormers zijn, indien een minderheid tegenstemt, niet op hetzelfde rechtsgevolg gericht. Wanneer aan meer personen een pand in eigendom toebehoort en niet allen instemmen met verhuren, kan de meerderheid de minderheid niet dwingen. Scheiding en deling van deze gemene eigendom en dus slaken van de gemeenschappelijke band zal nodig en in beginsel mogelijk zijn, ook indien slechts één persoon dat wenst. Bij besluitvorming bindt de meerderheid de tegenstemmende minderheid. Deze laatste kan de gemeenschappelijke band wel slaken door uit te treden, voorzover dat in verband met blokkeringsclausules praktisch mogelijk is, doch dan toch slechts eerst wanneer hij iemand heeft gevonden om zijn plaats als aandeelhouder in te nemen. Hij kan echter het besluit niet voorkomen.

Het begrip Gesamtakt biedt geen voldoende verklaring voor het karakter van het besluit. Trouwens Kuntze beschouwde zelf het besluit niet als een Gesamtakt ⁴.

Het besluit is niet een bindend advies

25. Zou men kunnen verdedigen dat de beslissing van de meerderheid ten opzichte van de minderheid of de rechtspersoon geldt als een bindend advies? Zoals bij een bindend advies staat bij een besluit de onderwerping aan de

1 J W Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in de Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Otto Müller, 1892, p 47

2 Personenrecht 1929, p 613 e v

3 Asser-Rutten II, p 8

4 A w , p 72, Hulsmann, diss , p 34; Verdam, diss , p 25

beslissing van een ander toch tevoren reeds vast; de minderheid en de rechtspersoon zijn er aan gebonden; de beslissing stelt de rechtsverhoudingen in de rechtspersoon nader vast, evenals het bindend advies de inhoud van de overeenkomst tussen partijen; en de beslissing moet redelijk en billijk zijn zowel naar wijze van tot stand komen als naar inhoud.

Toch is deze voorstelling niet houdbaar, reeds niet omdat de meerderheid niet een derde is ten opzichte van de minderheid of de rechtspersoon. De meerderheid maakt deel uit van, is wezenlijk voor het orgaan en de rechtspersoon. Voorts kan een bindend advies bezwaarlijk tot liquidatie van de overeenkomst leiden, terwijl het meerderheidsbesluit tot liquidatie van de rechtspersoon kan voeren.

Het besluit is niet een partijbeslissing

26. Het besluit is evenmin een partijbeslissing. Door Ronse is dit wel verdedigd ¹. Ik zou de meerderheid en de minderheid in een orgaan echter niet als tegenover elkander staande partijen willen zien, hetgeen temeer spreekt wanneer er bij de besluitvorming ook onthoudingen zijn. Ik zou evenmin bij eenstemmigheid, evenals ingeval van een besluit van een eenhoofdig orgaan, het orgaan als partij tegenover de rechtspersoon willen zien. En een dergelijke zienswijze zal toch wel nodig zijn, indien men het besluit als een partijbeslissing wil aanvaarden.

Bij een overeenkomst die een partijbeslissing bevat, zoals de visie van Ter Kuile op het besluit is ², stonden de partijen tevoren individueel bepaald vast, zodat de beslissing mede in verband met die bepaaldheid kon worden genomen. Bij besluitvorming formeren de partijen zich eerst met en door het nemen van het besluit. Bovendien kan bij besluit tot liquidatie van de rechtspersoon worden beslist; of een partijbeslissing tot liquidatie van een overeenkomst kan leiden is op zijn minst dubieus.

Het besluit is een rechtshandeling van eigen vennootschappelijke aard

27. Na diverse opvattingen over het besluit te hebben onderzocht en verworpen rijst de vraag wat een besluit dan wel is. Voorheen heeft men steeds getracht het besluit te wringen in het keurslijf van een vertrouwd systeem. Maar dat is niet nodig. Ons recht kent nu eenmaal diverse rechtsinstellingen en rechtshandelingen, die alle van wezenlijk onderscheiden aard zijn. Het huwelijk, de boedelscheiding, de overeenkomst, de vestiging van een zakelijk recht zijn alle van essentieel ander – familierechtelijk, erfrechtelijk, obligatoir

1. A w , p 12-13

2. A w , p 14-15.

en zakenrechtelijk – karakter, ook al hebben zij diverse trekken gemeen. Zo ook belet niets het besluit te zien als een rechtshandeling van eigen, vennootschappelijk karakter, welke niet is te herleiden en ook niet behoeft te worden herleid tot een meer omvattende rechtshandeling. En zulks ongeacht door welk orgaan genomen.

Het besluit ontleent zijn bindende kracht aan het voor de rechtspersoon geldende recht, dat deze als rechtsorganisatie beheerst. Dit recht wordt gevormd door de rechtsregels die voor alle naamloze vennootschappen gelden, en bovendien voor iedere n.v. afzonderlijk door de statuten en de objectieve goede trouw. Naar de normen van dit recht dient toetsing van besluiten te geschieden. Het besluit regelt bindend de rechtsbetrekkingen in de n.v. Het schept recht, primair in de n.v.; het heeft echter veelal tevens externe werking.

Deze opvatting over het besluit kan worden beschouwd als een consequentie van de moderne visie op de n.v. Ook in de jurisprudentie is deze ontwikkeling merkbaar. Het Hof te Amsterdam ¹ in het Forumbankarrest, HR 21 jan. 1955, NJ 1959, 43, welk arrest ik beschouw als een keerpunt in de ontwikkeling van het denken over het karakter van de n.v. ², overweegt namelijk: 'dat het besluit van een algemene vergadering van aandeelhouders geen overeenkomst is, waarop de voor overeenkomsten geschreven beginselen van het BW toepassing zouden vinden, doch een rechtshandeling van de vennootschap door haar orgaan, waarvan de nietigverklaring ook in een geding tegen de vennootschap zelf kan worden gevorderd'.

28. Nu kan men zich nog afvragen of het besluit een handeling is van de n.v. dan wel van de leden van het orgaan, in het laatste geval toe te rekenen aan de n.v.

Van der Grinten meent voor wat betreft het aandeelhoudersbesluit het eerste ³. Hij is niet erg gelukkig met de door de Hoge Raad gebezigde constructie in het I.A.M./Mante-arrest van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107, dat aandeelhouders zekere eisen van redelijkheid en billijkheid jegens elkáár in acht hebben te nemen. Hij zou veeleer beslissend willen achten of de aandeelhouders als collectiviteit die eisen hebben gerespecteerd. De handeling van de collectiviteit, van het orgaan, wordt volgens hem als handeling van de n.v. beschouwd.

Maeyer daarentegen verdedigt, dat het besluit op de eerste plaats een handeling van de aandeelhouders is ⁴. Hij wijst daartoe op het wezenlijke onderscheid tussen de algemene vergadering als orgaan van de samenwerking, van de veelheid, en het bestuur als orgaan van het verband, van de eenheid. Aan de aandeelhouders komen de bevoegdheden toe die typisch het samenwer-

1. 21 april 1954.

2. Zie hierover nader nr. 76.

3. *Ars Aequi* XIV, p. 66-67; zie ook Ronse, a.w., p. 10-11.

4. NV 42, p. 170; NV 44, p. 225.

kingsverband betreffen: het voorzien in de leiding van hun verband, het vaststellen van de resultaten, het wijzigen van de structuur van hun verband en het beëindigen daarvan. Een daarop betrekking hebbend besluit is dan ook op de eerste plaats een nadere vaststelling door de aandeelhouders van vorm, inhoud en grenzen van hún samenwerkingsverband, en dus primair een handeling van de aandeelhouders. Slechts wanneer het besluit ook externe werking heeft – bijv. benoeming van bestuurders – kan het tevens als rechtshandeling van de n.v. zelf middels haar orgaan gelden.

De aanleiding tot deze discussie vormde het reeds genoemde arrest van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 inzake I.A.M./Mante.

Mante kwam op tegen een voor haar zeer ongunstig besluit tot statutenwijziging omdat zij, naar haar mening ten onrechte, van de vergadering onkundig was gebleven. Haar actie slaagde. De Hoge Raad overwoog onder meer 'dat ook indien aan alle formele vereisten, bij wet of statuten voor de wijze van oproeping van een aandeelhoudersvergadering gesteld, is voldaan, de eisen van redelijkheid en billijkheid die aandeelhouders jegens elkander in acht hebben te nemen, onder omstandigheden kunnen medebrengen dat een aandeelhoudersvergadering niet tot het nemen van een besluit aangaande een onderwerp waarbij de belangen van bepaalde aandeelhouders in bijzondere mate zijn betrokken overgaat, alvorens te hebben nagegaan of die aandeelhouders genoegzaam in de gelegenheid zijn gesteld aan de besluitvorming over dit hen in het bijzonder rakende onderwerp deel te nemen'.

Ter adstructie van zijn standpunt stelt Van der Grinten het geval dat de voorzitter van de vergadering de wel aanwezige aandeelhouders er nu eens van overtuigd had dat Mante behoorlijk persoonlijk was opgeroepen. Deze aandeelhouders zou men dan niet kunnen verwijten dat zij hadden gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid, wel echter de n.v. Slechts bij zijn opvatting, zo begrijp ik Van der Grinten, zou Mante in dat geval succes kunnen boeken.

Daartegenover stelt Maeijer, dat niet de subjectieve verwijtbaarheid een rol speelt nu de redelijkheid en billijkheid objectieve eisen stellen. De aandeelhoudersvergadering zou zelfstandig moeten onderzoeken of Mante genoegzaam in de gelegenheid was gesteld aan de besluitvorming deel te nemen. De mogelijkheid van objectieve verwijtbaarheid was dan gegeven.

Mij dunkt dat de zienswijzen niet zo sterk tegengesteld zijn als op het eerste gezicht lijkt. Het gaat natuurlijk steeds om een handelen van personen. In het voorbeeld: wanneer de aandeelhouders een naar objectieve maatstaven gemeten behoorlijk onderzoek hadden ingesteld, maar daarbij waren misleid door de voorzitter, trof ook objectief hen geen verwijt doch wel de voorzitter. En toch aanvaardt Maeijer niet, dat het besluit dan wél geldig was. In navolging van het Belgische voorontwerp van nieuwe wet betreffende de n.v. voelt hij er voor als ongeldigheidsgrond te aanvaarden: overtreding met bedrieglijk opzet van de regels betreffende de werking van de algemene vergadering¹.

1. NV 44, p. 227.

Dit komt neer op aanvaarding van het beginsel, dat een wilsgebrek rechtstreekse aantasting van een besluit mogelijk maakt; een beginsel, dat mij juist voorkomt ¹.

Het blijft steeds een handelen van personen, om welk voorstel het ook gaat. Zodra echter een meerderheid zich daarvoor heeft uitgesproken en een besluit is tot stand gekomen, wordt het besluit beschouwd als een handeling van het orgaan, die de n.v. wordt toegerekend. Niet alleen bij besluiten met tevens externe werking, ook bij die welke slechts intern werken. Zodra een besluit tot stand is gekomen, wordt de meerderheid vereenzelvigd met de collectiviteit en deze laatste met de n.v. Tot het moment van het besluit zou men nog een minderheid tegenover een meerderheid of afwezigen tegenover aanwezigen kunnen zien, daarna nog slechts een minderheid of afwezigen tegenover de collectiviteit en via deze tegenover de n.v. Hierbij past zeer wel, dat de Hoge Raad spreekt van 'de eisen van redelijkheid en billijkheid die aandeelhouders jegens elkander in acht te nemen hebben', want dit gaat nog om de periode vóór het besluit. Maar terecht laat de Hoge Raad er op volgen, dat die eisen onder omstandigheden kunnen medebrengen dat 'een aandeelhoudersvergadering niet tot het nemen van een besluit overgaat . . . '.

§ 4 TOTSTANDKOMING VAN HET BESLUIT

Rechtskarakter van de stem

29. Stemuitbrenging is een rechtshandeling ². Het uitbrengen van stem voor of tegen een voorstel is een wilsverklaring van de individuele besluitvormer, gericht op het intreden van een door hem beoogd rechtsgevolg, nl. aanvaarding of verwerping van het voorstel. Bij besluitvorming van meerhoofdige organen spreekt dat wel aan, behoudens in de gevallen van de volgende alinea. Bij besluitvorming van een eenhoofdig orgaan is het moeilijker van stemuitbrenging te spreken. De dogmatisch onderscheiden fasen: wilsbepaling - stemuitbrenging - besluit, vloeien daar tezamen, althans zijn slechts als één fase kenbaar. De praktische zin van het onderscheid is dan twijfelachtig. Dogmatisch zou het onderscheid slechts nut hebben teneinde scherp te onderscheiden tussen een defect in de wil en een defect wegens inbreuk op het objectieve recht. Praktische consequenties heeft dit onderscheid echter niet.

In een aandeelhoudersvergadering waar slechts één aandeelhouder verschijnt en in een éénmans-n.v. vloeien – uitgaande van het geval dat niet een derde als voorzitter fungeert – de dogmatisch onderscheiden fasen bij besluit-

1. Zie hierover uitvoeriger hoofdstuk VI, paragraaf 3.

2. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 20; Ronse, a.w., p. 37.

vorming ook samen, doch daar heeft het wel praktische zin. Een defect in de wijze van totstandkomen van het besluit wegens strijd met de wet of de statuten is namelijk onderhevig aan de vervaltermijn van art. 46a K, een defect in de inhoud niet. Ik kom hier nog op terug.

De wet duidt niet aan wat onder het begrip stem moet worden verstaan. Zij zegt slechts wie stemrecht heeft en regelt de uitoefening daarvan. Het nieuwe BW behandelt de stemuitbrenging in zoverre uitdrukkelijk als een afzonderlijke rechtshandeling, dat de bepalingen betreffende vernietiging van rechtshandelingen in het algemeen op de vernietiging van stem toepasselijk worden verklaard, art. 2.1.8a 4¹. Daaronder vallen niet alleen de vernietigingsgronden, doch evenzeer bepalingen terzake terugwerkende kracht, art. 3.2.15.2; verjaring, art. 3.2.17; bevestiging, art. 3.2.18; wie zich op het gebrek aan beroepen en de wijze waarop dit kan gebeuren, art. 3.2.13 t/m 15².

Kist³ noemt stemrecht het recht om invloed uit te oefenen op de gang van zaken. Deze omschrijving is echter te ruim. Rechtmatige invloed op de gang van zaken kan immers ook worden uitgeoefend zonder recht op stemmen, bijv. door in een vergadering slechts het woord te voeren of door buiten vergadering propaganda voor een bepaald standpunt te maken. Beter benadert Denijs⁴ het begrip. Hij noemt stemrecht het recht om door middel van het

1. 'Op de vernietiging van een stem zijn de bepalingen betreffende de vernietiging van rechtshandelingen toepasselijk, met uitzondering van artikel 3.2.3 en het vijfde lid van artikel 3.2.10, en met dien verstande dat onbekwaamheid en gemis aan wil leiden tot vernietigbaarheid. Een stem is ook vernietigbaar wegens een dwaling, indien het ontstaan of voortbestaan daarvan is toe te rekenen aan de rechtspersoon, of de meerderheid der vergadering bij het nemen van het besluit onder invloed verkeerde van dezelfde dwaling als degenen die de stem uitbracht'.

2. 3.2.13 'Een vernietigbare rechtshandeling kan hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een vonnis worden vernietigd'.

3.2.14 '1. Een verklaring die een rechtshandeling vernietigt, wordt door hem in wiens belang de vernietigbaarheid is vastgesteld, gericht tot hen die tot de rechtshandeling als partij hebben medegewerkt, of bij een eenzijdige rechtshandeling tot hen, tot wie de handeling zich richtte; is de handeling niet tot een of meer bepaalde personen gericht, dan wordt de verklaring gedaan aan hen, die onmiddellijk belanghebbende zijn bij de instandhouding van de rechtshandeling.

2. Indien een rechtshandeling reeds geheel of ten dele is ten uitvoer gelegd, heeft een verklaring slechts dan vernietigende werking, wanneer degenen tot wie zij was gericht, in de vernietiging berusten'.

3.2.15 '1. Een vordering tot vernietiging van een rechtshandeling wordt door hem, in wiens belang de vernietigbaarheid is vastgesteld, ingesteld tegen dezelfde persoon of personen, tot wie volgens het vorige artikel de aldaar genoemde verklaring moet worden gericht.

2. Indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter aan een vernietiging geheel of ten dele terugwerkende kracht ontzeggen'.

3. J. G. Kist, *Beginnelsen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet III*, 3e druk 1914, bewerkt door L. E. Visser, p. 546.

4. M. J. Denijs, *Het stemrecht in de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, diss. Rotterdam 1936, p. 6.

doen medewerken van één of meer stemmen directe invloed uit te oefenen op de besluiten van de algemene vergadering of hetgeen daarvoor krachtens art. 46b K in de plaats kan treden. Maar ook deze omschrijving vind ik niet geheel gelukkig. Het woord 'invloed' is mij te vaag en geeft niet duidelijk aan dat degene die zijn stem uitbrengt aan besluitvorming deelneemt. Zijn beperking tot besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders is niet bezwaarlijk, de omschrijving is analoog op besluiten van andere organen toe te passen.

Ik zou stemrecht willen omschrijven als het recht om door wilsverklaring deel te hebben aan de besluitvorming van een orgaan teneinde de rechtsbetrekkingen in de n.v. (nader) bindend te regelen.

Het voorstel

30. Het besluit komt tot stand door de wilsverklaringen van de stemmende besluitvormers, de stemming. Deze stemming kan eerst plaats vinden, wanneer vaststaat waarover gestemd zal worden: het voorstel. De wet zwijgt over de vraag hoe en van wie het voorstel ter tafel moet komen.

Een bepaalde vorm is niet vereist. Wel is noodzakelijk dat de inhoud de besluitvormers duidelijk is. Onder omstandigheden kan dit krachtens eisen van goede trouw medebrengen dat het voorstel de besluitvormers op schrift wordt gegeven.

Bij besluitvorming kan men twee fasen onderscheiden, eerst de vaststelling van het voorstel waarover gestemd zal worden en daarna de vaststelling of dit voorstel al dan niet als aanvaard besluit voor de rechtspersoon zal gelden. In wezen zijn hier twee onderscheiden besluiten, die beide afzonderlijk dienen te voldoen aan voor besluiten gestelde eisen. In de praktijk ziet men dit onderscheid niet steeds, bijv. wanneer het convocerende orgaan reeds een voorstel op de agenda plaatst en de besluitvormers ter vergadering terstond tot stemming over dit voorstel overgaan. Men kan echter stellen dat de besluitvormers het voorstel dan unaniem stilzwijgend als grondslag voor de (verdere) besluitvorming hebben aanvaard. Duidelijker spreekt de onderscheiding echter wanneer het voorstel eerst wordt geamendeerd en over de amendementen wordt gestemd.

Het voorstel is in feite afkomstig van de vergadering zelf, omdat deze immers eerst beslist welk, eventueel geamendeerd, voorstel al dan niet als aanvaard besluit voor de n.v. zal gelden. Welke zaken aan de orde komen wordt echter, voor wat de aandeelhouders betreft, in beginsel bepaald door het convocerend orgaan, art. 43g K. Niet door de voorzitter, die heeft slechts de vergadering te leiden.

Aandeelhouders, die bepaalde onderwerpen op de agenda willen zien geplaatst, missen daartoe wettelijk een rechtstreeks middel. In de statuten kan

hun echter zo'n recht worden toegekend. Is dit niet gebeurd, dan kan art. 43c K nog enige hulp bieden, maar in de praktijk vindt dit artikel nauwelijks toepassing. Vooral bij vennootschappen van enige omvang is de voorwaarde van 10% van het geplaatste kapitaal te zwaar. Bovendien geldt dit artikel niet, wanneer de n.v. geen aandelen aan toonder kent, art. 46b K ¹, en tenslotte moet de president van de arrondissements-rechtbank het onderwerp op zijn belang waarderen, art. 43d K, zodat de aandeelhouders mede van diens inzicht afhankelijk zijn. Slechts wanneer het gehele geplaatste kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd kan ieder onderwerp voorwerp van besluitvorming worden, art. 43g K.

Al biedt de wet aandeelhouders hoegenaamd geen rechtstreeks middel om bepaalde onderwerpen op de agenda te krijgen ², de goede trouw laat hen echter nog niet in de steek. Van der Grinten ³ verdedigt voor bepaalde gevallen, dat het convocerend orgaan op grond van de goede trouw gehouden is het onderwerp op de agenda te plaatsen op verzoek van aandeelhouders die in een voltallige vergadering over voldoende stemmen beschikken om tot een beslissing te komen, en dat nakoming van deze verplichting in rechte kan worden gevorderd. Deze opvatting spreekt mij wel aan. Niet alleen aandeelhouders doch alle leden van alle organen moeten jegens elkander eisen van redelijkheid en billijkheid in acht nemen. In het nieuwe BW wordt dit neergelegd in art. 2.1.7b ⁴ doch het geldt ook thans reeds. Ten aanzien van andere organen is in de wet op dit punt in het geheel geen regeling getroffen, terwijl daarover in statuten doorgaans niets wordt bepaald. De goede trouw zal dan regelend moeten werken.

Totstandkoming van het besluit

31. Het aandeelhoudersbesluit komt tot stand doordat de meerderheid der besluitvormers zich voor het voorstel verklaart, art. 44d K. Ten aanzien van de andere organen is daaromtrent niets in de wet bepaald. Aangenomen moet echter worden, dat besluiten van andere organen eveneens collegiaal worden genomen, dus bij meerderheid van stemmen ⁵. In de statuten kunnen echter andere regelingen worden getroffen.

1. Van der Grinten spreekt van een stoutmoedige wetsinterpretatie om art. 43c K steeds van toepassing te achten voor zover het betreft een vergadering met als onderwerp ontslag van directeuren en commissarissen. De stelling zou dan moeten zijn, dat art. 46b K niet onderwerpen op het oog heeft waaromtrent de algemene vergadering wettelijk te allen tijde kan beslissen; Handboek nr. 209.

2. Zie hierover nader nr. 98. 100 en 220, alsmede J. C. R. Y. van Heekeren, NV 46, p. 170 e.v., wiens betoog mij aanvaardbaar voorkomt.

3. Handboek, nr. 209.

4. 'Een rechtspersoon, haar leden of aandeelhouders en zij die deel uitmaken van haar organen moeten zich jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd'.

5. Hof 's-Hertogenbosch 8 feb. 1944, NJ 1944, 479 met betrekking tot het bestuur.

In de statuten kan worden bepaald dat de taak van andere organen dan de aandeelhoudersvergadering collectief wordt uitgeoefend. Dan kan alleen bij eenstemmigheid worden beslist. Evenzeer is een statutaire regeling mogelijk, die de taak van een ander orgaan aan ieder lid van dat orgaan toekent. In dat geval beslist ieder lid individueel. Voor de vertegenwoordigingstaak van het bestuur gaat de wet in art. 47a K daar zelfs van uit. Zo'n beslissing van een individueel lid kan evenzeer als besluit worden aangemerkt. In de eerste richtlijn van de Europese commissie voor het vennootschapsrecht wordt in art. 2 lid 4 bepaald, dat uit openbaar gemaakte gegevens van de vennootschap omtrent de bevoegdheid van personen die voor de vennootschap kunnen optreden moet blijken of zij alleen dan wel tezamen kunnen handelen ¹.

Voor wat het aandeelhoudersbesluit betreft laat art. 44d K uitdrukkelijk de mogelijkheid toe in de statuten een grotere dan de volstreckte meerderheid te eisen. Een versterkte meerderheid mag in beginsel worden voorgeschreven voor alle besluiten ². Deze mogelijkheid dient echter begrensd te blijven. Voor een goed functioneren van de n.v. is besluitvorming nu eenmaal nodig. Het departement neemt daarom het standpunt in, dat voor besluiten tot schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen in de statuten ten hoogste een tweederde meerderheid kan worden vereist. Van der Heijden-Van der Grinten menen, dat een dergelijke houding ook zou passen ten aanzien van andere belangrijke besluiten, met name tot vaststelling van de jaarrekening en tot winstverdeling. Het stellen van te zware eisen aan zulke jaarlijks terugkerende besluiten zou een inbreuk betekenen op een grondregel van ons n.v.-recht ³.

Art. 44d lid 1 K kent voor een bijzonder geval de mogelijkheid van statutaire afwijking van het meerderheidsbeginsel bij het aandeelhoudersbesluit, nl. wanneer bij stemming over personen de stemmen staken. Deze afwijking van het meerderheidsbeginsel kan naar geldend recht aanwijzing door het lot zijn, aanwijzing van de eerste op de voordracht, aanwijzing van de oudste in leeftijd of rang, beslissing door een derde, om maar enkele algemeen aanvaarde mogelijkheden te noemen. Dit alles impliceert niet dat nu stemrecht aan anderen dan besluitvormers wordt toegekend. Deze afwijking van het meerderheidsbeginsel geldt naar huidig recht alleen bij staken van stemmen over personen. Art. 2.3.4.14 nieuw BW beperkt de mogelijkheden, die thans gelden om bij staken van stemmen over personen van het meerderheidsbeginsel af te wijken, tot beslissing door het lot. Anderzijds wordt nu ook een voorziening mogelijk bij staken van stemmen over zaken; als een van die mogelijkheden wordt genoemd beslissing door een derde. Anders dan bij stemmen over personen zullen in het nieuwe BW bij stemmen over zaken dus meer oplossingen mogelijk zijn, wanneer de stemmen staken.

1. De eerste richtlijn is gepubliceerd in NV 45, p. 18 e.v.

2. Handboek nr. 219; G. J. Boelens, Oligarchische clausules in statuten van naamlooze vennootschappen, diss. Amsterdam 1946, p. 127. Anders: Coebergh, NV 24, p. 41.

3. Handboek, nr. 219.

In de hiervoor genoemde gevallen is geen sprake van een regeling omtrent de wijze waarop de aandeelhouder zijn stemrecht moet uitoefenen. Die zou ook niet in de statuten kunnen worden opgenomen. Vennootschapsrechtelijk bepaalt iedere aandeelhouder autonoom zijn stem. De praktijk kent echter wel een buitenstatutaire mogelijkheid ter regeling van de uitoefening van het stemrecht, de stemrechtovereenkomst. De Hoge Raad heeft in een drietal arresten overeenkomsten van deze aard geoorloofd verklaard ¹. Ook bestuurders, commissarissen en leden van andere organen kunnen geoorloofd zulke overeenkomsten sluiten. Zie hierover uitvoeriger hoofdstuk IV paragraaf 4.

32. De verwerping van een voorstel is geen besluit. Er worden immers geen rechtsbetrekkingen in de vennootschap (nader) bindend geregeld. Dit is anders wanneer door de verwerping tevens een alternatief voorstel is aangenomen. In dat geval is met betrekking tot de verwerping géén besluit doch met betrekking tot de automatische aanvaarding van het alternatief wél een besluit tot stand gekomen ².

§ 5 ENIGE ONDERSCHIEDINGEN

Naargelang van de werking van het besluit

33. Met betrekking tot besluiten wordt onderscheid gemaakt tussen interne, direct externe en indirect externe werking.

Het besluit is uit zijn aard interne rechtshandeling en heeft dus steeds interne werking. Het bepaalt bindend de rechtsbetrekkingen in de n.v. Deze werking staat voorop. Het heeft echter veelal tevens direct externe werking. Welk orgaan het besluit ook neemt, en of het nu een handeling van de collectiviteit (Van der Grinten) ³ dan wel van de individuele besluitvormers (Maeijer) ⁴ is, in alle gevallen wordt het besluit als handeling van de n.v. aangemerkt. En als rechtshandeling van de n.v. oefent het zijn werking ten opzichte van derden uit. Er zullen maar weinig gevallen zijn, waarin niet tevens van direct externe werking kan worden gesproken. Uit enkele voorbeelden kan dit blijken:

– Door een besluit tot statutenwijziging regelen de aandeelhouders allereerst voor zich zelf het regiem van hun samenwerkingsverband nader. Maar derden zullen vanaf dat moment de n.v. met een andere juridische struc-

1. 30 juni 1944, NJ 1945, 465 inzake Wennex; 13 nov. 1959, NJ 1960, 472 inzake Distilleerderij; 19 feb. 1960, NJ 1960, 473 inzake Aurora.

2. Van Zeben, p. 144.

3. Ars Aequi XIV, p. 66-67; zie ook Ronse, a.w., p. 10-11.

4. NV 42, p. 170; NV 44, p. 225.

tuur tegenover zich zien. De rechtsbetrekkingen die reeds met derden bestaan ondergaan daardoor wijziging, zij het ook soms nauwelijks relevant. Worden derden door de statutenwijziging ten onrechte in hun rechten geschaad, dan ontstaat zelfs voor hen de mogelijkheid tot aantasting van het besluit.

- Door benoeming van een bestuurder voorzien de aandeelhouders in de leiding van hun samenwerkingsverband. Het daartoe strekkende besluit werkt daarom allereerst voor hen zelf, voor hun organisatie. Maar derden zullen met de benoeming, mitsdien met het besluit, rekening kunnen en moeten houden. Een handeling van de bestuurder kan de n.v. immers binden.
- Een besluit tot vaststelling van de jaarrekening impliceert vaststelling van de winst. De aandeelhouders bepalen daarmee allereerst de resultaten van hun samenwerkingsverband. Maar winstgerechtigden zien door deze vaststelling hun rechten tevens nader bepaald. Slechts wanneer derden geen tevoren vaststaande winstrechten hebben en de winstvaststelling overigens, rekening houdende met alle relevante belangen, geldig plaats vindt, zou men kunnen betwijfelen of van direct externe werking sprake is.

In plaats van te onderscheiden naargelang van de werking zou het daarom wellicht juist zijn te spreken van een intern en extern aspect van dezelfde werking. Daar echter in het juridisch spraakgebruik de begrippen interne en externe werking nu eenmaal zijn ingeburgerd, is het praktisch beter deze te blijven hanteren.

Indirect externe werking duidt aan, dat nog een uitvoeringshandeling van hetzelfde of een ander orgaan nodig is om een rechtsbetrekking tussen de n.v. en een derde tot stand te brengen. Gedacht wordt daarbij aan gevallen zoals machtiging aan het bestuur tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen. Men noemt zo'n besluit wel eens component van een externe rechtshandeling. In wezen gaat het hier niet om een bijzonder aspect van de werking van het besluit. Dit besluit werkt intern en tevens extern.

34. De direct externe werking wordt niet allerwegen geaccepteerd; bijv. niet door Van Proosdij ¹, J. M. Polak ² en Ter Kuile ³. Er zou telkens nog een uitvoeringshandeling nodig zijn. Van Proosdij adstrueert zijn standpunt aan de hand van ontslag van een bestuurder. Art. 48b K spreekt wel van ontslag, maar dat woord heeft een drievoudige betekenis: besluit, daad en gevolg, die in het spraakgebruik alle gelijkelijk worden gebruikt. Met ontslag in art. 48b K is slechts het besluit bedoeld. De daad van het ontslag moet daar nog op volgen als uitvoeringshandeling. Dat blijkt bij bijv. ontslag op zeker in de

1. A. C. G. van Proosdij, NV 20, p. 6.

2. A.w., p. 48.

3. A.w., p. 2.

toekomst liggend tijdstip of indien de bestuurder een bepaalde handeling verricht. Het besluit is wel genomen, maar het ontslag is er nog niet, aldus Van Proosdij.

Ik geloof dat hier niet voldoende wordt onderscheiden tussen de twee elementen die de verhouding tussen de n.v. en de bestuurder vertoont, nl. het vennootschappelijke en het contractuele element ¹.

Vennootschappelijk is de bestuurder benoemd zodra het benoemingsbesluit is tot stand gekomen, al zal hij zijn benoeming nog moeten aanvaarden wil deze praktisch effect hebben. Deze aanvaarding is echter geen uitvoeringshandeling van de n.v. De bestuurder is ontslagen zodra het ontslagbesluit is genomen. Het ontslag is er, zelfs al is de bestuurder van het besluit niet op de hoogte. In laatstbedoeld geval kan hij nog eventueel wel voor de vennootschap te goeder trouw rechtshandelingen verrichten, maar zij is daaraan dan niet krachtens bestuursbevoegdheid van de betrokken persoon doch krachtens toerekenbare schijn van bevoegdheid gebonden. Enige uitvoering behoeft het besluit vennootschappelijk niet, noch bij benoeming noch bij ontslag. Van Proosdij ziet over het hoofd, dat in de door hem genoemde gevallen het ontslag terstond is verleend doch onder tijdsbepaling of voorwaarde.

De bevoegdheden en verplichtingen aan de bestuursfunctie verbonden worden door de openbare orde en goede zeden, de wet, de statuten en de goede trouw bepaald. Daar is geen overeenkomst voor nodig.

Contractueel beheerst worden de niet-vennootschappelijke elementen in de verhouding van bestuur tot de n.v. Te denken is hierbij aan bezoldiging, tijdsduur, vakantieregeling, genot van een dienstwoning, enz. Bezoldiging is geen essentieel element in de bestuurdersrelatie, zoals het dat wel is in de arbeids-overeenkomst.

Wanneer nu in een aandeelhoudersbesluit een bestuurder wordt benoemd en daarin tevens zijn bezoldiging en overige arbeidsvoorwaarden worden geregeld, werkt het besluit direct extern voor wat betreft de benoeming (het vennootschappelijke element) en houdt het de wilsbepaling van de n.v. in tot het aangaan van een bestuurdersovereenkomst voor wat betreft de bezoldiging en overige arbeidsvoorwaarden (het contractuele element); slechts ten aanzien van dit contractuele element is derhalve nog een uitvoeringshandeling nodig.

Dit onderscheid heeft praktische consequenties met betrekking tot de vraag of een geschil over ontslag van een bestuurder moet worden benaderd vanuit het arbeidsrecht dan wel vanuit het vennootschapsrecht. Voor zover het geschil de contractuele elementen betreft, zal een arbeidsprocedure nodig zijn (bijv. ontslag zonder inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn); voor zover het geschil de vennootschappelijke elementen betreft, een procedure over de (on-)geldigheid van het ontslagbesluit (bijv. het ontslagbesluit wordt genomen met ongeldige stemmen) ².

1. Handboek, nr. 244.

2. W. J. Slagter, Compendium van het vennootschapsrecht, 1968, p. 123-124.

Met betrekking tot de commissaris geldt naar mijn mening hetzelfde beginsel als met betrekking tot de bestuurder.

Art. 47e K spreekt van de overeenkomst tussen de n.v. en de bestuurder, maar dat zie ik vooral als een uitvloeisel van de inmiddels overwonnen mandaatsleer, de opvatting dat de bestuurder gevolmachtigde van de aandeelhouders is. Daarentegen biedt de tekst van de art. 48 en 48b K steun voor mijn opvatting.

In het arrest van 25 juni 1920, NJ 1920, 827, terzake ontslag van een bestuurder, wekt de Hoge Raad de indruk dat het besluit zelf niet de ontslagverlening is maar dat er nog een afzonderlijke uitvoeringshandeling nodig is, gezien de woorden 'dat volgens het boven uit de vonnissen overgenomen het besluit der algemene vergadering van aandeelhouders van 5 oktober 1914 tot ontslag van eiser hem is medegedeeld en het ontslag hem dus is gegeven op 8 daaropvolgend, en een dergelijke wijze van handelen in strijd is noch met art. 1639o noch met een ander der als geschonden beweerde artikelen'.

Een duidelijk standpunt ten gunste van de direct externe werking wordt door de Hoge Raad echter ingenomen in het arrest van 20 maart 1941, NJ 1941, 542 m.n. Meijers, in welke zaak de ontslagen bestuurder juist als verweer voert dat het ontslagbesluit van de algemene vergadering nog had moeten zijn uitgevoerd door een andere directeur, door commissarissen of door een daartoe speciaal aangewezen derde. Dit verweer werd niet gehonoreerd: 'De stelling, dat het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot ontslag niet is gelijk te stellen met het ontslag zelf, daar zodanig besluit om het ontslag te bewerkstelligen nog moet worden uitgevoerd door enig ander orgaan van de naamloze vennootschap of door de voorzitter van de algemene vergadering van aandeelhouders, vindt geen steun . . .'. Als geschonden dan wel verkeerd toegepast waren onder meer de art. 48b en 51 K aangehaald. In zijn noot onder dit arrest betuigt Meijers zijn instemming hiermee.

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn, dat ook ik het met dit laatste arrest eens ben. Onjuist acht ik dan ook Rb. Rotterdam 28 april 1950, NJ 1953, 13, waarin weer wordt overwogen dat een besluit tot ontslag van een bestuurder nog moet worden uitgevoerd om ontslag teweeg te brengen.

Dat een besluit direct extern kan werken, wordt overigens, behoudens door de drie genoemden, door diverse auteurs aanvaard¹. Meningsverschillen bestaan meer over de vraag welk besluit. Het komt mij voor, dat ook besluiten van andere organen deze werking kunnen hebben, bijv. besluiten van commissarissen tot schorsing van een bestuurder of tot besteding van winst.

Tijdens de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW is het onderscheid tussen direct en indirect externe werking van het besluit uitdrukkelijk gemaakt².

1. Van der Heijden, WPNR 3457; NV 15, p. 97; Verdam, diss., p. 29; Coebergh, NV 20, p. 36; Löwensteyn, diss., p. 228.

2. Van Zeben, p. 150.

Naargelang van de toetsing van het besluit

35. Bij de toetsing van het besluit in het kader van een onderzoek naar zijn geldigheid is onderscheid gemaakt tussen materiële en formele ongeldigheid. Bij materiële ongeldigheid werd gedacht aan een gebrek in de inhoud, bij formele aan een gebrek in de wijze van totstandkomen. Men had echter nogal moeite met dit onderscheid.

In 1913 overwoog de Hoge Raad ¹ dat voor een onderscheid tussen overtreding van formele en andere voorschriften der statuten geen grond in de wet was te vinden. Dat was in zoverre waar, dat de wet toen nog in het geheel geen regeling gaf van de gevolgen van overtreding van voorschriften met betrekking tot het besluit. In 1914 werd het onderscheid weer gemaakt in de derde druk van Kist's *Handelsregt* ². Sederdien werd het onderscheid gehandhaafd, terwijl de verwarring bleef ³. Zo zag men bijv. dat P. Scholten van dit onderscheid slechts wilde weten bij strijd met de statuten; bij strijd met de openbare orde of goede zeden dan wel met de wet achtte hij een besluit van rechtswege nietig. Nietigheid van rechtswege sluit echter het onderscheid op zich zelf niet uit. De verwarring blijkt ook bij Van der Heijden: 'De moeilijkheid ontstaat hierdoor, dat onder de formeele vereischten de bevoegdheid van het besluitende orgaan genoemd moet worden. Dit is natuurlijk onvermijdelijk' ⁴. Ik zou veeleer denken dat door deze stelling de moeilijkheid onvermijdelijk ontstaat, het uitgangspunt lijkt mij namelijk onjuist.

Ongeldigheid van een besluit is hierin gelegen, dat ofwel aan de inhoud ofwel aan de wijze van totstandkomen een gebrek kleeft. In het eerste geval is het orgaan tot het nemen van dat besluit niet bevoegd, waarbij nader is te onderscheiden tussen de mogelijkheid dat ook geen enkel ander orgaan en de mogelijkheid dat juist een ander orgaan die bevoegdheid bezit. In het tweede geval is nader te onderscheiden tussen een gebrek wegens een onvoldoende aantal geldige stemmen en een gebrek wegens andere tekorten in de wijze van totstandkomen. Met enkele voorbeelden is dit te verduidelijken:

- Tot het opleggen aan aandeelhouders van een grotere aansprakelijkheid dan tot het nominale bedrag van hun aandelen of tot handelen in strijd met het doel van de n.v. is geen enkel orgaan bevoegd: ongeldigheid wegens een gebrek in de inhoud.
- Tot onder meer statutenwijziging en ontbinding is slechts de algemene vergadering bevoegd. Besluit een ander orgaan daartoe: ongeldigheid wegens een gebrek in de inhoud.
- Besluit een ander orgaan dan hetwelk daartoe bij de statuten is aangewezen

1. 18 april 1913, NJ 1913, 723W 9500 m.n. J.W.M.

2. A.w., p. 504 e.v.

3. Van der Heijden, WPNR 3456; Leistikow, NV 17, p. 67; Asser-Scholten, Personenrecht 1940, p. 142-143; Asser-Bregstein, p. 170.

4. WPNR 3456.

tot emissie, tot storting of tot bezoldiging van bestuurders: ongeldigheid wegens een gebrek in de inhoud.

- Stenuitbrenging door een onbevoegde gevolmachtigde of door een stroman maakt de stem in beginsel ongeldig en, indien daardoor de vereiste meerderheid komt te ontbreken, ook het besluit. Defecten in de oproeping, de agenda, de plaats van de vergadering, enz., kunnen eveneens leiden tot ongeldigheid van het besluit. In beide gevallen: ongeldigheid wegens een gebrek in de wijze van totstandkomen.

Het onderscheid tussen ongeldigheid wegens een gebrek in de inhoud en wegens een gebrek in de wijze van totstandkomen is precies hetzelfde als het onderscheid tussen materiële en formele ongeldigheid. Het onderscheid is van praktisch belang, omdat art. 46a lid 2 K er van uitgaat. Daarin wordt namelijk geregeld, dat ongeldigheid van een besluit wegens inbreuk op een wettelijke of statutaire bepaling terzake de wijze van totstandkomen slechts binnen zes maanden na het besluit kan worden ingeroepen. Ongeldigheid wegens onbevoegdheid van het orgaan (en wegens inbreuk op een eis van goede trouw terzake de wijze van totstandkomen) valt niet onder deze termijnregeling.

Zie ik het goed, dan wordt het onderscheid in de door mij verdedigde zin, anders dan in de zevende druk ¹, thans in beginsel ² ook gemaakt in de achtste druk van het *Handboek* van Van der Heijden-Van der Grinten ³.

In het nieuwe BW vindt men de onderscheiding terug in art. 2.1.8a 1 sub a ⁴. Alleen wordt de termijn voor het inroepen van ongeldigheid nu voor beide gevallen dezelfde, nl. een jaar vanaf bekendheid of objectief veronderstelde bekendheid met het besluit, lid 3 van het artikel ⁵.

1. Nr. 226.

2. Ik zou echter twee aanvullingen willen aanbrengen. Te lezen valt aldaar: 'De grenzen van de bevoegdheid der algemene vergadering worden bepaald door wet en statuten'. Ik zou zeggen: ook door de openbare orde en goede zeden en door de goede trouw; en voorts: niet alleen van de bevoegdheid der algemene vergadering maar van alle organen, zij het dan ook dat wet en gewoonlijk ook statuten daarover weinig regelen. Te lezen valt aldaar voorts: 'Voor geldigheid van het besluit is verder vereist, dat het in overeenstemming met de door wet en statuten gestelde formele vereisten is tot stand gekomen'. Ik zou zeggen: ook met de door de openbare orde en goede zeden en de door de goede trouw gestelde formele vereisten.

3. Nr. 223.

4. 'Een besluit van de algemene vergadering van een vereniging of van een naamloze vennootschap kan door een rechterlijk vonnis worden vernietigd:

a. wegens strijd met de wettelijke bepalingen die de bevoegdheid van de algemene vergadering en de wijze van totstandkomen van besluiten regelen;'

5. 'In de gevallen van het eerste lid loopt de verjaringstermijn van één jaar, bedoeld in het eerste lid van artikel 3.2.17, vanaf de dag dat hetzij aan het besluit voldoende openbaarheid is gegeven, hetzij degene die de vernietiging vordert, het besluit kende of van het besluit verwittigd was. Indien vernietiging van het besluit wordt gevorderd op grond van het ontbreken van de vereiste meerderheid ten gevolge van vernietiging van een beslissend aantal stemmen, loopt de verjaringstermijn vanaf de dag dat een beslissend aantal stemmen is vernietigd'.

Dit onderscheid met zijn consequenties zal ik nog nader uitwerken in de hoofdstukken III tot en met VI.

36. Een besluit met indirect externe werking is onderworpen aan een dubbele toetsing, nl. naar de geldigheid van de interne handeling (besluit) en naar de geldigheid van de externe handeling (uitvoeringshandeling). Een gebrek in de externe handeling tast niet automatisch de geldigheid van de interne handeling aan, bijv. een besluit tot verlening van hypotheek blijft geldig ook al wordt bij de hypotheekverlening zelf een essentiële fout gemaakt, waardoor geen hypotheek is verleend. Daarentegen tast een gebrek in de interne handeling de geldigheid van de externe handeling aan. Dat onder omstandigheden de n.v. op grond van opgewekte schijn de externe handeling of de daaruit voortgevloeide verplichtingen gestand moet doen, is een geheel andere zaak.

Bij een besluit met direct externe werking kan van een dubbele toetsing niet worden gesproken. De toetsing kan wel zijn toegespitst meer op het interne aspect van de besluitvorming of meer op het externe aspect van rechtshandeling in het algemeen, maar het is slechts één toetsing. Is er een gebrek, dan treft dat de rechtshandeling in zijn beide aspecten tegelijk. Wanneer er bij een besluit tot ontslag van een directeur een gebrek is in de wijze van totstandkomen, is met het besluit tevens het ontslag gebrekkig. Wanneer het ontslag in strijd is met de vennootschapsrechtelijke (niet de arbeidsrechtelijke) bepalingen van de wet, statuten of goede trouw terzake ontslag, is met het ontslag tevens het besluit gebrekkig.

In de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer op art. 2.1.8a nieuw BW wordt in dit verband gesproken van een afzonderlijke onderscheiding van gebrekkige besluiten ¹. Dat lijkt mij niet juist. Het gaat hier om twee aspecten van één toetsing. Art. 2.1.8a heeft slechts betrekking op de toetsing van het besluit als zodanig, waarbij dan nog een toetsing kan komen van het besluit voorzover dit tevens een rechtshandeling in het algemeen is. Het blijft slechts één besluit, één rechtshandeling. Alleen de toetsing is onderscheiden.

1. Van Zeven, p. 150-151.

II. Geldigheid en ongeldigheid van het besluit

§ 1 VOORWAARDEN VOOR GELDIGHEID VAN HET BESLUIT; MOGELIJKHEDEN VAN ONGELDIGHEID

Inleiding

37. Als rechtshandeling in het algemeen dient het besluit om geldig te zijn te voldoen aan het recht dat voor alle rechtshandelingen geldt. Dat recht is deels geschreven deels ongeschreven. Voorzover geschreven is het te vinden in de wet, voorzover ongeschreven in de openbare orde en goede zeden en in de goede trouw.

Als vennootschappelijke rechtshandeling moet het besluit om geldig te zijn bovendien voldoen aan de bijzondere eisen die in het algemeen voor vennootschappelijke rechtshandelingen zijn gesteld. Deze eisen zijn eveneens deels geschreven deels ongeschreven. Voorzover geschreven vindt men ze wederom in de wet, speciaal in de derde afdeling van de eerste titel van het eerste boek van het wetboek van koophandel, en voorzover ongeschreven in de goede trouw.

Als rechtshandeling van een bepaalde vennootschap dient het besluit om geldig te zijn tenslotte te voldoen aan het speciaal voor die bepaalde vennootschap geldende recht. Ook dat recht is deels geschreven deels ongeschreven. Voorzover geschreven is het te vinden in de statuten, voorzover ongeschreven in de goede trouw.

Zoals iedere rechtshandeling kan ook een besluit ongeldig zijn wegens inbreuk op het recht dat voor dat besluit, naar de hiervoor gemaakte onderscheiding, geldt.

Het besluit kan op grond van dat gebrek worden aangetast, ongeacht door welk orgaan genomen. Dat berust niet op art. 46a K, van welk artikel ik de betekenis nog nader zal aanduiden ¹. De mogelijkheid van aantasting van een besluit vloeit veeleer voort uit het algemene beginsel, dat een belanghebbende kan opkomen tegen een gebrek in een rechtshandeling waarbij hij is betrok-

1. Paragraaf 3 van dit hoofdstuk.

ken. Dat onder omstandigheden deze mogelijkheid is beperkt, bijv. naar tijdsduur, doet aan het beginsel niets af.

Rubricerend komt het er op neer dat ieder besluit, wil het geldig zijn, moet voldoen aan:

- normen van openbare orde en goede zeden (III)
- wet (IV)
- statuten (V)
- normen van goede trouw (VI).

Dat geldt zowel voor de inhoud als voor de wijze van totstandkomen van het besluit. Ik zal naar deze normen een nader onderzoek instellen; de achter de onderscheiden categorieën geplaatste cijfers verwijzen naar de hoofdstukken waar die met name worden behandeld. Ik zal bij dit nader onderzoek zoveel mogelijk het onderscheid maken dat reeds kort is vermeld in paragraaf 5 van hoofdstuk I en dat op het volgende neerkomt. Een besluit is in zijn inhoud ongeldig (materiële ongeldigheid) wanneer het betreffende orgaan tot het nemen daarvan onbevoegd is, ofwel omdat geen enkel orgaan die bevoegdheid bezit ofwel omdat die bevoegdheid aan een ander orgaan toekomt. Een besluit is in zijn wijze van totstandkomen ongeldig (formele ongeldigheid), wanneer een voldoende aantal geldige stemmen ontbreekt dan wel zich een ander tekort in de totstandkoming voordoet, zoals met betrekking tot de termijn van oproeping of de inhoud van de convocatie.

Bij ongeldigheid wegens inbreuk op de goede trouw doet het enigszins vreemd aan te spreken van onbevoegdheid van het orgaan, terwijl daarmee bedoeld is dat de inhoud van het besluit in strijd komt met de goede trouw. Toch zou het strikt genomen wel juist zijn, want de goede trouw stelt nu eenmaal evenzeer normen als bijv. de wet zulks doet. Moeilijker is echter hierbij het onderscheid te handhaven tussen de gevallen waarin geen enkel orgaan en die waarin een ander orgaan bevoegd is; bij toetsing aan normen van goede trouw komt immers het accent geheel te liggen op afweging van belangen, welke afweging verschilt naargelang van het besluitvormend orgaan. Ik zal de materiële ongeldigheid wegens strijd met de goede trouw dan ook nader bezien per orgaan (hoofdstuk VI paragraaf 2). En om beter bij het bestaande taalgebruik aan te sluiten spreek ik daar van: Inhoud van het besluit in strijd met de goede trouw.

Voor wat de wijze van totstandkomen overeenkomstig de goede trouw betreft is het onderscheid tussen ongeldigheid wegens onvoldoende geldige stemmen en wegens een ander tekort weer wel te maken (hoofdstuk VI paragrafen 3 en 4).

38. De geldigheid van het besluit wordt getoetst aan de vier genoemde categorieën van normen. Alle in de praktijk gebezigde ongeldigheidsgronden ressorteren onder één dier categorieën, met wat voor verschillende benamingen die ook zijn getooid, zoals misbruik van meerderheidsmacht, van aandeel-

houdersmacht, inbreuk op de redelijkheid en billijkheid, détournement de pouvoir of willekeur.

In de Nederlandse literatuur heeft Verdam ¹ in navolging van Zeylemaker ² gepleit voor aanvaarding van misbruik van meerderheidsmacht als zelfstandige grond voor ongeldigheid. Dit kan wellicht aldus worden verklaard: Verdam erkende, dat het besluit noch een obligatoire overeenkomst noch uitvoering van een overeenkomst is ³. De Hoge Raad plaatste op dat moment het besluit echter nog in een obligatoir kader en toetste vanuit die gezichtshoek het besluit aan de goede trouw. Waarschijnlijk vreesde Verdam nu, dat door toch het begrip goede trouw te hanteren afbreuk werd gedaan aan de eigen aard van de vennootschappelijke verhoudingen ⁴. Dan zou het ook begrijpelijk zijn dat hij naar een andere grond voor ongeldigheid van het besluit zocht en deze vond in misbruik van meerderheidsmacht.

Misbruik van meerderheidsmacht betekent niets anders dan dat de meerderheid der besluitvormers haar positie gebruikt met veronachtzaming van relevante belangen van anderen, die juist in acht hadden moeten worden genomen; niets anders dus dan handelen in strijd met de goede trouw. Misbruik van aandeelhoudersmacht is misbruik van meerderheidsmacht door aandeelhouders. Redelijkheid en billijkheid is een andere benaming voor goede trouw.

Détournement de pouvoir en willekeur

39. Détournement de pouvoir en willekeur worden gewoonlijk ondergebracht bij de goede trouw, worden dus gezien als inbreuken op normen van goede trouw ⁵. Ik betwijfel of dat voor wat détournement de pouvoir betreft wel juist is. De beide begrippen zijn vooral ontwikkeld in de leer over de onrechtmatige overheidsdaad doch zij zijn van verdere strekking. In enkele arresten ⁶ overwoog de Hoge Raad, dat de overheid onrechtmatig handelt wanneer zij haar bevoegdheden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze zijn gegeven; er is dan sprake van détournement de pouvoir. In enkele andere arresten ⁷ overwoog de Hoge Raad, dat de overheid eveneens onrechtmatig handelt wanneer zij haar bevoegdheden gebruikt in gevallen waarin zij dit redelijkerwijze, na afweging van alle relevante belangen, niet had mogen doen; er is dan sprake van willekeur.

1. Diss., p. 121.

2. Zeylemaker, Indisch tijdschrift van het recht, 1932, p. 466 e.v.

3. Diss., p. 25.

4. Diss., p. 120.

5. Löwensteyn, diss., p. 170 e.v. en de aldaar vermelde literatuur.

6. 14 jan. 1949, NJ 1949, 557 en 24 juni 1949, NJ 1949, 559.

7. 25 feb. 1949, NJ 1949, 558; 23 dec. 1949, NJ 1950, 245; 20 jan. 1950, NJ 1950, 246 en 3 feb. 1950, NJ 1950, 248.

Löwensteyn, die *détournement de pouvoir* bij de goede trouw onderbrengt, spreekt daarvan wanneer het bestuur ener n.v. een ander doel nastreeft dan het eigenlijke doel van de vennootschap ¹. Hij geeft daartoe enkele voorbeelden: zoals nastreven van eigen voordeel, nastreven van voordeel of nadeel voor bepaalde aandeelhouders, nastreven van voordeel of nadeel voor buitenstaanders of nastreven van nadeel voor de n.v.

Uit deze voorbeelden blijkt naar mijn mening echter veeleer, dat het steeds gaat om handelen in strijd met de wet of met de statuten in plaats van met de goede trouw. Met de wet: art. 39d K, dat de gelijkheid onder de aandeelhouders regelt; art. 42d K, krachtens welk artikel de winst aan aandeelhouders in plaats van aan derden komt; art. 47 K en het systeem van de wettelijke regeling van de n.v., krachtens welke het bestuur de n.v. moet leiden naar haar doel. Met de statuten: het statutair aangegeven doel en niet een ander doel moet worden nagestreefd; de winst moet worden verdeeld als in de statuten aangegeven. Wanneer het bestuur eigen voordeel of voordeel dan wel nadeel van bepaalde aandeelhouders enz. nastreeft, handelt het in strijd met wet en/of statuten.

De problematiek rond *détournement de pouvoir* en willekeur heeft de laatste jaren in vennootschapsland nogal vragen opgeworpen in verband met emissie door het bestuur van verschillende vennootschappen. De bevoegdheid tot emissie behoort naar mijn mening aan de aandeelhoudersvergadering, doch kan statutair aan het bestuur of een ander orgaan worden overgedragen ². Wanneer van zo'n statutaire overdracht sprake is, blijft voorop staan dat het bestuur van die bevoegdheid slechts gebruik mag maken in het kader van zijn bestuurstaak, dus als onderdeel van het besturen van de zaken, het beheren van het vermogen en het vertegenwoordigen van de vennootschap. De uitoefening van die bevoegdheid door het bestuur dient op deze taak gericht te zijn; het bestuur mag hierbij niet treden op het terrein dat aan andere organen toekomt.

Wanneer nu bestuurders of commissarissen gebruik maken van hun statutaire emissiebevoegdheid om langs een omweg invloed uit te oefenen in de aandeelhoudersvergadering teneinde een bestuurder ontslagen te krijgen of een ander voorstel door te drukken, plegen zij *détournement de pouvoir* en handelen zij in strijd met de wet en/of de statuten. Hetzelfde geldt, wanneer de emissie slechts tot strekking heeft te voorkomen dat een derde een bod doet op de uitstaande aandelen door de houders van deze aandelen met behulp van die emissie in de minderheid te plaatsen. Zij wenden dan immers hun bevoegdheden aan om te treden op het terrein dat krachtens wet en/of statuten niet tot hun competentie doch tot die van de algemene vergadering behoort; zij gebruiken hun bevoegdheden niet voor de taak waarvoor zij staan.

Ik zie *détournement de pouvoir* dan ook als inbreuk op de wet of de statu-

1. Diss. p. 176 e.v.

2. Nr. 9 en 75.

ten, het is immers gebruikmaken van een wettelijke of statutaire bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die is gegeven, het is misbruik van bevoegdheid. Willekeur is daarentegen strijd met de goede trouw; het orgaan gebruikt zijn wettelijke of statutaire bevoegdheid wel voor het doel waarvoor deze is gegeven, maar bij het gebruikmaken van die bevoegdheid worden relevante belangen niet naar behoren afgewogen dan wel niet ontzien.

40. Het praktische verschil tussen *détournement de pouvoir* en willekeur is, dat in het eerste geval geen belangenafweging aan de orde behoeft te komen en in het tweede geval wel. Is *détournement de pouvoir* vastgesteld, dan is het besluit ongeldig wegens strijd met de wet en/of de statuten. Bij willekeur is de belangenafweging echter beslissend voor de ongeldigheid van het besluit. Dit is in de jurisprudentie niet steeds goed voorzien, zoals uit enkele voorbeelden kan blijken.

Heeft een emissie de strekking een machtsconcentratie in de aandeelhoudersvergadering te breken, dan is het emissiebesluit in beginsel ongeldig. Of de aandeelhouder, wiens machtspositie door een emissiemanoeuvere is gebroken, op die ongeldigheid ook een beroep zal kunnen doen, hangt van meer vragen af, onder meer, of hij een rechtmatig belang daarbij heeft. In het geval van de N.V. W. A. Scholten's Aardappelmeelfabrieken beantwoordde de Hoge Raad op 4 jan. 1963, NJ 1964, 434 die vraag ontkennend.

In de statuten was bepaald dat iedere aandeelhouder niet meer dan zes stemmen kon uitbrengen, terwijl de emissiebevoegdheid was verleend aan de commissarissen. Dr. Scholten bezat, met nog enkele andere bevriende familierelaties, 336 van het totaal van 3719 uitstaande aandelen. Dit aantal gaf theoretisch weliswaar nog geen machtspositie, de statutaire beperking van het stemrecht nog even daargelaten, doch praktisch was een machtspositie niet uitgesloten wanneer op al de 336 aandelen stemrecht kon worden uitgeoefend in een vergadering waarin overigens niet veel aandeelhouders zouden verschijnen. Om dit te bereiken droeg dr. Scholten al zijn aandelen op zes na over aan stromannen. Bestuur en commissarissen kregen hier lucht van en vreesden een hun onwelgevallige besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering. Zij gingen tot een tegenaanval over door onder meer 300 aandelen te emitteren aan de bankier van de vennootschap met de afspraak, dat deze die aandelen onder haar personeel zou verdelen en dat deze personeelsleden op de aandeelhoudersvergadering ten gunste van het bestuur zouden stemmen. Dr. Scholten riep daarop onder meer de ongeldigheid van deze emissie in, omdat het emissiebesluit van commissarissen te kwader trouw was genomen, nl. niet in het belang van de vennootschap doch slechts om 'door uitgifte en spreiding van nieuw kapitaal de invloed van de familie Scholten te kunnen breken'.

Het Hof te Leeuwarden overwoog te dezer zake 'dat, wat deze 300 aandelen betreft, het commissarissenbesluit en het besluit van de directie tot emissie waren geïnspireerd – althans mede geïnspireerd – door een ongeoorloofd motief, te weten het verlangen een derde in de gelegenheid te stellen om door gebruikmaking van stromannen te ontduiken de bepaling der statuten, waarbij ter aandeelhoudersvergadering het stemrecht per aandeelhouder tot zes stemmen werd beperkt, dat echter, daargelaten of bedoelde ongeoorloofde besluiten ook wat derden betreft hierdoor gerechtvaardigd worden, dat zij dienden als afweer tegen een gelijk onrechtmatig streven van de zijde van dr. Scholten, dit wel het geval is ten aanzien van dr. Scholten zelf, dat namelijk, indien deze zich inderdaad op de bewuste algemene vergadering van stromannen heeft bediend, hij er zich in rechte niet

over kan beklagen met gelijke munt betaald te zijn en voormelde besluiten jegens hem niet onrechtmatig waren en zijn vorderingen gericht op, slechts interne, nietigheid van die besluiten en op schadevergoeding hem niet op grond van het hier besproken bezwaar zouden kunnen worden toegewezen'.

De Hoge Raad kreeg door de formulering van het cassatiemiddel helaas¹ slechts de gelegenheid zich uit te laten over de vraag of de emissie een onrechtmatige daad van de bestuurders en commissarissen privé jegens dr Scholten was

Hij overwoog daaromtrent, 'dat deze gedragingen die, op zichzelf beschouwd, geoorloofd zijn en slechts in verband met bijkomende omstandigheden een onrechtmatige daad kunnen opleveren, onrechtmatig kunnen worden door het daarmede beoogde doel, en dit met name het geval kan zijn, indien de commissarissen en directeurs de mogelijkheid beoogden te scheppen, dat de koper van de aandelen in een aandeelhoudersvergadering op een aan het bestuur welgevallige wijze zal stemmen, daarbij – ter ontduiking van de bepaling der statuten, waarbij het stemrecht per aandeelhouder tot zes stemmen is beperkt – gebruik makende van stromannen, dat echter de bedoelde gedragingen niet, op grond van dit ongeoorloofde doel, onrechtmatig zijn jegens een iegelijk, doch slechts jegens hen die door het gebruik van de stromannen in hun rechtmatige belangen worden getroffen; dat blijkens de vaststellingen in het bestreden arrest dr Scholten zich niet in deze positie bevindt'.

Het is jammer dat de Hoge Raad geen gelegenheid vond zich uit te laten over de geldigheid, die naar mijn mening het besluit ontbeerde. In casu beoogde de emissie immers niet een wenselijke kapitaalvergroting of een ander geoorloofd doel, doch slechts gebruikmaking van stromannen ter ontduiking van de statuten teneinde een machtsconcentratie van aandeelhouders te breken. De emissie schiep niet de enkele mogelijkheid van een onjuist gebruik van stemrecht, doch was daarop gericht. Het lijkt mij dat hier sprake was van détournement de pouvoir en het besluit dan ook ongeldig was; de bevoegdheid tot emissie was bestuur en commissarissen voor dát doel niet gegeven. Het hof ging daar ook van uit doch achtte bij dr Scholten geen rechtmatig belang aanwezig op die ongeldigheid een beroep te doen, omdat hij óók de statuten ontdeek².

Het komt mij voor dat door het hof ten onrechte de ene onjuistheid aan de andere is gerelateerd. Ook al kan men dr Scholten er een verwijt van maken dat hij met stromannen manipuleerde, hij had er niettemin een rechtmatig belang bij dat de emissie van die 300 aandelen werd tenietgedaan, zoal niet voor de actuele situatie en besluitvorming dan toch in ieder geval voor de toekomst. Nu blijven die uit een onjuist motief geëmitteerde aandelen geplaatst! Bestuur en commissarissen hadden de geëigende legale methode ter afweer dienen te bezigen, nl. de geldigheid van de door de stromannen van dr Scholten uitgebrachte stemmen en op grond daarvan de geldigheid van het besluit betwisten. Wanneer men met Wery³ en A. van Oven⁴ aanneemt dat de aandeelhouder wordt verondersteld een rechtmatig belang te hebben bij

1 In cassatie was namelijk geen middel gemaakt van de ongeldigheid van het besluit.

2 P L Wery, NV 43, p 62 e v., p 74 e v., A van Oven, WPNR 4957.

3 NV 43, p 66

4 WPNR 4957

het invoeren van ongeldigheid van een emissiebesluit, zou men wellicht zelfs kunnen verdedigen dat de eigen gedraging van de aandeelhouder ook in de actuele situatie niet eens een rol speelt. Ik deel overigens niet die mening dat de aandeelhouder wordt verondersteld bedoeld rechtmatig belang te hebben.

Een ander voorbeeld van onjuist inzicht in détournement de pouvoir is te vinden in het vonnis van de president van de Rechtbank Arnhem van 22 sept. 1967, NV 45, p. 125 met noot van Van der Grinten.

De directie van de Veenendaalsche Stoomspinnerij en Weverij N.V., die onenigheid had met de geschorste directeur Bottenheim, plaatste onder goedkeuring van commissarissen 2095 aandelen voor een nominaal bedrag van f 2 095 000 bij Staflex International, die een belangrijke zakenrelatie voor de vennootschap vormde, zonder Bottenheim, die tevens aandeelhouder was, daarin te kennen en zonder hem dus een voorkeursrecht te verlenen. Dit gebeurde enkele dagen vóór een reeds bijeengeroepen aandeelhoudersvergadering, waarin over ontslag van Bottenheim zou worden beslist. De emissiebevoegdheid berustte statutair bij directie en commissarissen en in de statuten was geen voorkeursrecht voor oude aandeelhouders geregeld. Het geplaatste kapitaal beliep tevoren nominaal f 2 205 000. De door de overige directeuren en commissarissen gecontroleerde stemmen en die van Staflex vormden een meerderheid, voldoende om over ontslag van Bottenheim te beslissen. Door de vennootschap werd erkend, dat Staflex het standpunt van directie en commissarissen steunde en voornemens was in die geest te stemmen. Bottenheim trachtte in kort geding voorlopig het emissiebesluit en de daarop gevolgde emissie buiten effect te stellen op grond van ongeldigheid van het besluit wegens strijd met de goede trouw.

Door de Veenendaalsche werden drie motieven voor de emissie opgegeven: ten eerste dat de vennootschap ondergekapitaliseerd was, ten tweede dat het van belang was dat Staflex zich financieel in de vennootschap interesseerde, en ten derde dat directie en commissarissen voor een afdoende meerderheid van stemmen voor hun standpunt en tegen dat van Bottenheim wilden zorgen. De president overwoog dat kennelijk slechts het laatste motief het beslissende was om op dit ogenblik tot de emissie te besluiten. Hij baseerde zich vervolgens op de leer van de Hoge Raad uit het eerste De Koedoe-arrest¹, door hem ten onrechte de heersende genoemd, en achtte het vervolgens niet bij voorbaat uitgesloten dat aan directie en commissarissen geen verwijt kon worden gemaakt dat zij – alle belangen in aanmerking genomen – van een meerderheidsmacht met behulp van de Staflex-aandelen gebruik wilden maken om Bottenheim als directeur uit te schakelen. De gevraagde voorziening werd afgewezen.

Ook dit vonnis komt mij niet juist voor. Nu was komen vast te staan, dat de strekking van het juist op dat moment genomen emissiebesluit slechts was een directeur te doen ontslaan, bleek dat de emissiebevoegdheid was gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze was gegeven. Door een dergelijke manipulatie trokken directie en commissarissen langs een omweg bevoegdheden aan zich, die slechts de aandeelhouders toekwamen. Dat is met een beroep op het vennootschappelijk belang of enig ander belang niet te rechtvaardigen. Belangenafweging komt immers eerst aan de orde bij uitoefening

1. HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360. Zie voor het bezwaar tegen (een gedeelte van) de leer van de Hoge Raad in dit arrest nr. 141.

van een bevoegdheid, die het besluitvormende orgaan rechtens ook toekomt. Ontslag van een directeur komt slechts de algemene vergadering van aandeelhouders toe¹. De president had dan ook na zijn vaststelling van de strekking van het besluit niet meer tot een onderzoek van belangen moeten overgaan, doch het besluit ongeldig moeten kwalificeren.

Indien in het onderhavige geval zonder de emissie een besluit in de algemene vergadering van aandeelhouders zou zijn genomen, dat directie en commissarissen niet welgevallig was en dat zij strijdig met relevante belangen zouden achten, was de voor hen aangewezen legale weg te trachten het betreffende besluit ongeldig verklaard te krijgen, desnoods met een voorlopige voorziening in kort geding.

41. Zie ik het goed, dan wordt mijn mening over het onderscheid tussen *détournement de pouvoir* en willekeur niet gedeeld door Van der Grinten². Hij erkent wel, dat het bestuur de uitoefening van zijn statutaire emissiebevoegdheid dienstbaar moet maken aan de vervulling van zijn bestuurs taak en dat dus van misbruik van die bevoegdheid sprake is, wanneer de emissie tot strekking heeft de macht aan de houders van uitstaande aandelen te ontnemen. Doch hij meent, dat voor zo'n handeling een rechtvaardigingsgrond aanwezig kan zijn.

Als rechtvaardigingsgrond ziet hij, dat belangen verbonden aan de onderneming van de vennootschap anders ernstig zouden worden geschaad. Hij denkt hierbij aan de continuïteit van de onderneming, aan het belang van hen die in enige functie aan de onderneming verbonden zijn, eventueel ook aan de onafhankelijkheid en zelfstandigheid van de vennootschap of aan het behoud van het nationale karakter van de onderneming. Zo ook, indien aandeelhouders zonder economische noodzaak de ondernemingsactiviteiten willen beëindigen.

Ik kan erkennen dat het tot de taak van het bestuur behoort ervoor te waken, dat belangen verbonden aan de onderneming van de vennootschap niet worden geschaad. Maar dat geeft het bestuur nog niet de vrijheid daarom misbruik van zijn bevoegdheid te maken; dat geeft hem nog niet het recht te treden op het terrein dat krachtens wet en/of statuten aan andere organen toebehoort. Zodra dit laatste zich voordoet, is het besluit tot emissie in strijd met de wet en/of de statuten en daarom ongeldig. Zo'n inbreuk kan niet door enig belang van de vennootschap gerechtvaardigd worden.

Dit verschil in uitgangspunt leidt er dan ook toe, dat de emissie van Scholten's Aardappelmeelfabrieken N.V. door Van der Grinten niet ongeldig wordt geacht, door mij wel. En voorts, dat hij de emissie van Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaart Maatschappij van september 1968 aan de Steenkolen Handelsvereniging N.V. gerechtvaardigd oordeelt wanneer men

1. Nr. 75.

2. NV 46, p. 121 e.v.

het behoud van het Nederlandse karakter een legitiem belang acht, terwijl mij deze emissie ongeldig voorkomt indien zij enkel tot strekking had een bod van derden op de uitstaande aandelen te voorkomen.

Afweging van belangen komt eerst aan de orde, wanneer het orgaan zijn bevoegdheid uitoefent binnen de voor hem geldende wettelijke en/of statutaire begrenzing. Deze afweging dient overeenkomstig de goede trouw te geschieden. Gebeurt dat niet, dan is er geen sprake van *misbruik* van bevoegdheid, doch van *gebruik* van bevoegdheid in strijd met de goede trouw, dus van willekeur. Wanneer bijv. het bestuur van zijn statutaire emissiebevoegdheid gebruik maakt omdat de vennootschap behoefte aan financiële middelen heeft, dan zal met behulp van de goede trouw moeten worden bepaald aan wie de aandelen worden uitgegeven, tegen welke koers, tot welk aantal, enz. Daarbij is belangenafweging geboden.

§ 2 ONGELDIGHEID IS NIETIGHEID OF Vernietigbaarheid

Nietigheid en vernietigbaarheid

42. Nietigverklaring is een waardering. Men beschouwt iets nietig, wanneer dit gering is ten opzichte van iets anders, wanneer men daarmee in de verhouding tot dat andere geen rekening houdt. Voor het recht is iets nietig, wanneer het recht daarmee geen rekening houdt, wanneer dat iets tegen de achtergrond van het recht te verwaarlozen is. Houdt het recht daarmee wel rekening, dan geldt dat (als iets van belang), dan is dat voor het recht geldig: rechtsgeldig.

Met bepaalde feiten houdt het recht rekening, het verbindt daaraan gevolgen; men spreekt dan van rechtsfeiten. Zijn die feiten handelingen, waaraan het recht de door de handelende persoon gewilde gevolgen verbindt, dan spreekt men van rechtshandelingen; de door de handelende, het rechtssubject, gewilde gevolgen worden door het objectieve recht aanvaard, de handeling geldt voor het recht. Een onrechtmatige daad is een rechtsfeit doch geen rechtshandeling, omdat de door de handelende beoogde gevolgen niet als zodanig door het recht worden aanvaard.

Om voor het recht te gelden moet de handeling aan bepaalde eisen voldoen met betrekking tot de handelende en de inhoud, en soms ook de vorm. Een voor het recht geldige handeling vooronderstelt een rechtsgeldige wil (hier verstaan als juridische bekwaamheid tot wilsbepaling met tevens afwezigheid van gebreken in de wil) en een rechtsgeldige inhoud (inhoud die rechtens gewild mag worden). Het begrip vorm wordt hier ruim genomen: de wijze waarop de handeling tot stand komt, waarop deze zich manifesteert, de formaliteiten welke moeten worden vervuld wil de handeling rechtsgevolgen hebben, enz.

De meeste rechtshandelingen zijn vormvrij. Gewoonlijk is niets voorgescreven omtrent de wijze waarop de handeling tot stand dient te komen of waarop deze zich moet manifesteren, noch omtrent formaliteiten die in acht moeten worden genomen. Men zou dat echter ook weer niet vormloos kunnen noemen. Elke rechtshandeling heeft nu eenmaal een uiterlijke verschijningsvorm nodig, hoe gering ook soms. Tot zijn geringste vorm teruggebracht is er bijv. ook bij het besluit van een eenhoofdig orgaan nog altijd sprake van uiting van wil.

Rechtshandelingen zouden voor wat betreft de vorm kunnen worden onderscheiden in: ¹

- a. formele, waaronder begrepen die welke zekere formaliteiten behoeven op straffe van ongeldigheid;
- b. die zekere formaliteiten behoeven zonder dat gemis daaraan ongeldigheid tot gevolg heeft; en
- c. vormvrije.

Ad a. Bij de formele rechtshandelingen is een bepaalde vorm een essentieel vereiste. Voor sommige is de vorm tot zekere solemniteit verheven door de eis van een verrichting van een ambtenaar (huwelijk, art. 131 BW; testament, art. 985 BW; schenking, art. 1719 BW) of door de eis van een akte van partijen (dading, art. 1888 BW). Bij andere is de daadwerkelijke overgave van een voorwerp vereist (bruikleen, art. 1777 BW; verbruikleen, art. 1791 BW; bewaargeving, art. 1731 BW). En tenslotte is bij weer andere een bijkomende verrichting nodig zoals in- of overschrijving in een register (hypotheek, art. 1224 BW; transport onroerend goed, art. 671 BW). Wanneer aan deze vereisten niet is voldaan, heeft de feitelijke handeling niet het beoogde rechtsgevolg.

Tot de rechtshandelingen die zekere formaliteiten behoeven op straffe van ongeldigheid zou ik de besluiten van een meerhoofdige algemene vergadering van aandeelhouders willen rekenen. Aan de totstandkoming daarvan worden immers zekere eisen gesteld, zoals oproeping voor vergadering, agenda, stemmenaantal, enz. Worden deze eisen verwaarloosd dan is ongeldigheid van het besluit daarvan het gevolg ², ook al wordt op die ongeldigheid nog niet altijd een beroep gedaan. De bepaling in art. 2.1.8 nieuw BW ³ zou ik echter niet

1. Vergelijk voor het Franse recht Jean Carbonnier, *Théorie des obligations*, Thémis 1963, p. 173-177.

2. Behoudens de uitzonderingsgevallen van art. 43g K laatste volzin, art. 43h K laatste volzin en art. 44 K laatste volzin.

3. '1. Tenzij de statuten anders bepalen, is het ter algemene vergadering van een vereniging of naamloze vennootschap uitgesproken oordeel van de voorzitter, dat door de vergadering een besluit is genomen, beslissend. Hetzelfde geldt voor de inhoud van een genomen besluit, voor zover gestemd werd over een niet schriftelijk vastgelegd voorstel.

als een vormvereiste willen zien, omdat zulks niet te maken heeft met besluitvorming doch slechts een regeling geeft om te constateren dat besluitvorming heeft plaats gevonden.

Ad b. De wet schrijft soms de vervulling van zekere formaliteiten voor, bij gebreke waarvan de handeling het beoogde rechtsgevolg echter niet mist, zoals registratie van aktes, zegelplicht, goedkeuring pachtcontracten door de grondkamers, enz. Andere consequenties kunnen dan volgen, zoals boete (art. 2 lid 4 Zegelwet), gemis aan rechtsvordering tot betaling pacht prijs (art. 9 Pachtwet).

Ad c. De besluitvorming van een éénhoofdig orgaan kan vormvrij zijn. Het besluit moet echter kenbaar zijn, moet dus geuit worden; de wijze waarop is dan vrij. Ik schrijf 'kan', het is namelijk niet altijd het geval. Wanneer bijv. statutair is voorgescreven dat de president-commissaris de algemene vergadering leidt, gelden ook voor hem de bepalingen terzake oproeping, agenda, enz. Dan kan niet van vormvrij worden gesproken. Evenmin wanneer bijv. bestuurders-niet-aandeelhouders moeten worden uitgenodigd.

De veel gebezigde benamingen geldige en nietige rechtshandeling zijn eigenlijk niet juist. Wanneer de door de handelende persoon beoogde gevolgen door het recht worden aanvaard, geldt deze handeling voor het recht en is daardoor een rechtshandeling. Het predikaat geldig behoeft daaraan dan niet meer te worden toegevoegd. Worden de door de handelende persoon beoogde gevolgen door het recht niet aanvaard, omdat niet is voldaan aan een der door het recht gestelde eisen, dan is de handeling voor het recht nietig en daardoor geen rechtshandeling. Niet een nietige rechtshandeling, doch een voor het recht nietige handeling en dus geen rechtshandeling¹. Tegen hantering van de ingeburgerde benaming geldige en nietige rechtshandeling bestaat echter geen overwegend bezwaar, mits daaraan geen onjuiste consequenties worden verbonden.

Van nietigheid te onderscheiden doch niet te scheiden is de vernietigbaarheid, die een vorm van nietigheid mag worden genoemd. Vernietigbaarheid is potentiële nietigheid, ook wel voorwaardelijke nietigheid, immers afhankelijk van de voorwaarde dat daarop een beroep wordt gedaan. Zolang dat beroep niet wordt gedaan, verbindt het recht alle beoogde rechtsgevolgen aan de handeling, gaat de rechtshandeling voor een geldige door, alhoewel zij

2. Wordt echter onmiddellijk na het uitspreken van het in het eerste lid bedoelde oordeel de juistheid daarvan betwist, dan vindt een nieuwe stemming plaats, wanneer de meerderheid der vergadering of, indien de oorspronkelijke stemming niet hoofdelijk of schriftelijk geschiedde, een stemgerechtigde aanwezige dit verlangt. Door deze nieuwe stemming vervallen de rechtsgevolgen van de oorspronkelijke stemming.'

1. Anders Eggens, preadvies BCN 1947, p. 4.

eigenlijk niet geldig is. De rechter, met het defect bekend, zal bij beoordeling van een vernietigbare handeling niettemin aan dat defect voorbij moeten gaan zolang daarop geen beroep wordt gedaan. Bij nietigheid daarentegen zal hij daar ambtshalve rekening mee moeten houden, art. 1504, 1637i, 1707, 1715 BW; iedere belanghebbende zal daarop beroep kunnen doen, terwijl het beroep op vernietigbaarheid is voorbehouden aan daartoe aangewezen personen.

Vernietigbare rechtshandelingen dienen te worden onderscheiden naargelang het beroep alleen voldoende is, art. 164b¹, 177 en 1377² BW, 42 F, 9 BBA, 15 Besluit Vijandelijk Vermogen E 133, dan wel bovendien een uitspraak van de rechter nodig is om de nietigheid te doen intreden, art. 1357 en 1482 BW³, door Eggens respectievelijk eenvoudige vernietigbaarheid en nietigverklaarbaarheid genoemd.

Nietigheid werkt absoluut of relatief. Van absolute nietigheid is sprake wanneer deze ten aanzien van iedereen, van relatieve nietigheid wanneer deze slechts ten aanzien van bepaalde personen werkt. Men spreekt ook wel van absolute nietigheid wanneer de gehele en van relatieve nietigheid wanneer slechts een gedeelte van de inhoud van de rechtshandeling aan nietigheid lijdt. Het is echter beter in zulke gevallen ter vermijding van verwarring te spreken van gehele en gedeeltelijke nietigheid⁴.

De wet bepaalt niet steeds duidelijk wanneer een rechtshandeling nietig of vernietigbaar is, welke de gevolgen daarvan zijn, of van absolute dan wel relatieve nietigheid sprake is, of eenvoudig beroep op vernietigbaarheid voldoende is dan wel dit beroep voor de rechter moet worden gedaan. Wanneer de grondslagen van de rechtsorde in het geding zijn, zal men meer aan nietigheid denken; wanneer het gaat om belangen van bepaalde personen meer aan vernietigbaarheid⁵. Deze maatstaf is echter toch niet afdoende, omdat de wet daarvan afwijkende gevallen kent. Hoe onbevredigend het ook moge zijn, men zal zich ter verkrijging van een doelmatige beslissing moeten laten leiden door de omstandigheden⁶.

1. Hof Arnhem 27 nov. 1962, NJ 1963, 213, Hof 's-Gravenhage 24 feb 1967, NJ 1968, 376.

2. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 en 13 maart 1959, NJ 1959, 579 met noot Rutten; Hofmann-Van Opstal I, p 454; Asser-Rutten II, p 300 en 329, J A Ankum, De pauliana buiten faillissement, 1962, p 168 e v Anders Van Brakel I, paragraaf 395, Veegens-Oppenheim-Polak III, p 127; Vollmar, Nederlands burgerlijk recht III, p 273 Deze laatste drie spreken allen van (relatieve) nietigheid van rechtswege

3 Asser-Rutten II, p 345, Eggens, preadvies BCN, 1947, p 27, rekent minderjarigheid en curatele echter onder de vernietigbaarheid, die door beroep alleen in nietigheid kan worden omgezet

4 Eggens hanteert ook de uitdrukking temporeel relatieve nietigheid, ingeval de nietigheid ex nunc werkt Dit is echter onjuist, omdat relatieve nietigheid ook ex tunc kan werken (art 1377 BW), en wekt bovendien slechts verwarring

5 Vergelijk Carbonnier, Théorie des obligations, Thémis 1963, p 194 'la nullité absolue a pour fondement l'intérêt public, la nullité relative un intérêt privé'

6 Asser-Rutten II, p 346-347

Ik zal de meer omvattende term ongeldigheid gebruiken. Daaronder is dan begrepen zowel nietigheid als vernietigbaarheid. Waar nodig zal ik het onderscheid nader aanduiden.

Non-existentie

43. Behalve nietigheid en vernietigbaarheid wordt door sommigen het begrip non-existentie gehanteerd. Voorzover ik heb kunnen nagaan is dit begrip afkomstig uit Frankrijk, voor het eerst gebruikt door Zachariae¹ en overgenomen door tijdgenoten. Men betrok het aanvankelijk uitsluitend op het huwelijksrecht, doch allengs breidde zich dit begrip uit tot rechtshandelingen in het algemeen. De discussie over dit onderwerp is in Frankrijk niet geluwd². Omdat dit vraagstuk van meer algemene aard is en niet specifiek op besluiten betrekking heeft, zal ik er hier slechts summier op ingaan.

Ook in Nederland hebben de voor- en tegenstanders van de leer der non-existentie zich in twee kampen verdeeld. Onder de voorstanders reken ik L. Langemeijer³, Jansen⁴ en Asser-Rutten⁵; onder de tegenstanders Van Hamel⁶, Tieleman⁷, de commissie Nijpels van de Vereeniging voor Belasting-

1 K S Zachariae, *Le droit civil français, traduit de l'Allemand sur la cinquième édition par Massé et Vergé* D I, Parijs 1854, p 169 Ten onrechte vermoedt J Carbonnier, *Droit civil I*, 1955 p 388, dat het begrip voor het eerst is gebruikt door Aubry & Rau, *Cours de droit civil français* V, 4e druk paragraaf 450 e v, maar deze vierde druk dateert eerst van 1869-1877

2 Pro non-existentie G Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil* D III, 3e druk 1908, p 302, C Aubry & C Rau, *Cours de droit civil français* D I, 6e druk bewerkt door E Bartin 1936, p 230, M Planiol & G Ripert, *Traité pratique de droit civil français* D II, 2e druk 1952, bewerkt door A Rouast, p 205-207 nr 256-258, waar het begrip aanvankelijk nogal kritisch wordt besproken doch tenslotte aanvaard met de woorden ' nous pensons qu'elle doit être restreinte en des limites très étroites ou elle conserve son utilité et son intérêt Il y a inexistence du mariage lorsqu'on se trouve en présence d'un état tellement éloigné du mariage par sa nature qu'il ne présente même pas une apparence de mariage' En die situatie doet zich volgens hen voor in twee gevallen, te weten absoluut ontbreken van 'célébration' en ontegensprekelijke gelijkheid van sexe Contra R J Pothier, *Traité des obligations*, uitgave Masson 1883 ad art III, p 11 e v; implicite G Lutzescu, *Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, diss Parijs 1938, p 262, G Ripert & J Boulanger, *Traité de droit civil* D I, 1956, p 514, A Colin-H Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français* D I, 11e druk 1947, bewerkt door L Julliot de la Morandière, p 589 nr 992

3 Als adv -gen vóór HR 31 maart 1953, NJ 1953, 565 (strafzaak)

4 F M J Jansen, *Nietigheid in het burgerlijk procesrecht*, diss Nijmegen 1955, p 124

5 Asser-Rutten II, p 340 e v

6 J A van Hamel, *De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht*, diss Amsterdam 1902, p 63

7 C C Tieleman, *De vormen van ongeldigheid van rechtshandelingen*, 1933, p 48

wetenschap ¹, Verdam ², Berkhouwer ³, Eggens ⁴, Suyling ⁵, Van Brakel ⁶, Meijers ⁷ en Kamphuisen ^{8 9}.

Het standpunt van de voorstanders is in grote trekken aldus: bij een nietige rechtshandeling zijn alle essentiële elementen van de beoogde rechtshandeling aanwezig, doch niettemin onthoudt het recht om een bepaalde reden daaraan het beoogde rechtsgevolg; een non-existente rechtshandeling vertoont kenmerken van de beoogde rechtshandeling, doch verdient niettemin niet de naam nietige rechtshandeling omdat tenminste één wezensbestanddeel daaraan ontbreekt; er is een fundamenteel verschil tussen een nietige en een non-existente rechtshandeling wegens de al dan niet aanwezigheid van alle essentiële elementen.

Voor de tegenstanders zijn nietigheid en non-existentie twee woorden voor hetzelfde begrip. Nietigheid betekent voor hen: niet door het recht als geldig erkend; non-existentie: het bestaat niet voor het recht. Dit wil nu niet zeggen, dat er niets is of is geweest, er is natuurlijk enig feitelijk gebeuren. Vragen omtrent nietigheid, vernietigbaarheid of non-existentie rijzen immers praktisch eerst, wanneer er iets is dat door iemand voor een (geldige) rechtshandeling wordt gehouden, althans wanneer er tenminste een schijn van (geldige) rechtshandeling aanwezig is. Of men nu zegt dat iets rechtens niet bestaat dan wel rechtens niet wordt erkend, is voor hen precies hetzelfde.

Het begrip non-existentie is door de Franse juristen aanvankelijk slechts in het huwelijksrecht gebruikt. Door de Cour de Cassation waren in de negentiende eeuw twee hoofdregels geformuleerd, die het terrein van de ongeldigheid van het huwelijk beheersten en tezamen kortweg werden weergegeven met het adagium 'pas de nullité sans texte'. Dit adagium kon echter voor betrokkenen ernstige nadelige gevolgen hebben. Wanneer er aan het huwelijk een essentieel defect bleek te kleven, bijv. gelijkheid in geslacht of volkomen afwezigheid van toestemming wegens krankzinnigheid, vond men niettemin geen uitdrukkelijke tekst waarop een nietigheidsactie kon worden gebaseerd. Om uit deze moeilijkheden te geraken, zijn Zachariae en na hem vele anderen tot de theorie van de non-existentie van het huwelijk gekomen. In de gevallen waarin de Code Civil niet uitdrukkelijk een nietigheidsactie had geregeld, zo redeneerde men, maar het redelijkerwijs onmogelijk was aan het 'huwelijk'

1. Toepassing van het belastingrecht ten aanzien van civielrechtelijk nietige handelingen, rapport van de commissie Nijpels van de Vereniging voor Belastingwetenschap, 1936, p. 19 e.v.

2. Diss., p. 58.

3. C. Berkhouwer, *Conversie van nietige rechtshandelingen*, diss. Amsterdam 1946, p. 77, 82.

4. Eggens, WPNR 3629; preadvies BCN 1947 *passim*.

5. I 1e stuk 1948, paragraaf 270a.

6. I 3e druk 1948, p. 254.

7. Meijers, *Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, D I 1948, p. 228 e.v.

8. Kamphuisen, NV 27, p. 203-204.

9. Handboek 7e druk, nr. 225.1 nog pro, 8e druk nr. 225.1 aarzelend contra.

gevolgen te verbinden, beschouwde men het huwelijk dan maar als non-existent zodat er niets meer te vernietigen viel.

Deze constructie was echter gezocht en overbodig, en wel omdat het adagium 'pas de nullité sans texte', zoals door de Cour de Cassation toegepast, onhoudbaar was. Men heeft toen nog te veel in Romeinsrechtelijke geest gedacht. Het Romeinse recht regelde immers veeleer acties en verbond daaraan materieel recht. De Code Civil echter, evenals het BW, geeft materieel recht en bouwt daarop de actie: wat in strijd met het materiële recht geschiedt is ongeldig; met betrekking tot verschillende gevallen van ongeldigheid wordt de actie nader geregeld, zo voor wat betreft de personen die zich op die ongeldigheid kunnen beroepen, termijnen, verval, enz; wordt de actie niet nader geregeld dan is ongeldigheid daardoor geenszins uitgesloten. Diverse gevallen van ongeldigheid werden dan ook in de Code Civil verondersteld zonder dat daarvoor uitdrukkelijk een nietigheidsactie was geregeld.

Het door de Franse schrijvers ontwikkelde begrip non-existentie is niets anders dan het door mij omschreven begrip nietigheid. Tot deze creatie moesten zij echter komen, omdat de Cour de Cassation slechts vernietigbaarheid van het huwelijk erkende. Ook buiten het huwelijksrecht is echter voor dit begrip geen plaats naast de onderscheiding tussen nietigheid en vernietigbaarheid.

De wet duidt nergens uitdrukkelijk aan, welke elementen zij essentieel acht voor een rechtshandeling naast – niet essentiële – elementen wier afwezigheid toch evenzeer leidt tot gemis aan rechtsgevolg. Essentieel voor een rechtshandeling is alles waarvan het intreden van het beoogde rechtsgevolg afhankelijk is. Anders gezegd: wanneer het recht aan een wilsverklaring het beoogde rechtsgevolg onthoudt wegens het ontbreken van iets, dan is dat iets rechtens essentieel ¹. Ook al kan uit het systeem van de wet, uit de strekking van de bepaalde rechtshandeling, uit de plaatsing in de wet, dit alles nevens de traditie, soms worden afgeleid dat een bepaald element meer van belang is dan andere elementen, enig onderscheid tussen essentiële en niet-essentiële maar toch wettelijke vereisten voor het intreden van het beoogde rechtsgevolg wordt door de wet niet gemaakt ². Dit alles geldt evenzeer voor het besluit in de n.v.; non-existent en nietig zijn ook met betrekking tot het besluit twee woorden voor een zelfde begrip.

Ook de jurisprudentie biedt geen aanknopingspunt voor aanvaarding van de leer van de non-existentie. Er worden wel eens termen gebruikt als onbestaanbaar, nooit bestaan hebbende of niet-bestaande, maar daarmee blijkt telkens gewoon nietigheid te zijn bedoeld. Daaraan is vooral debet de aanzet van art. 1356 BW: 'Tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten worden vereischt . . .' Ik heb diverse uitspraken ontmoet, waarin een rechtshandeling

1. Meijers, *Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, D I 1948, p. 228.

2. Anders Jansen, *diss.*, p. 127.

nietig werd verklaard wegens het ontbreken van een *essentiale*¹. In de leer van de non-existentie zou dan echter van een non-existente rechtshandeling sprake zijn geweest. Datzelfde geldt ook met betrekking tot de jurisprudentie over besluiten. Ik heb daartoe alle uitspraken, die hierop betrekking hebben en die ik aantrof – een 200-tal – bestudeerd, maar er niet één ontdekt waarvan ik nu zou kunnen zeggen dat deze steun gaf aan de leer van het non-existente besluit.

§ 3 ART. 46a K

Inleiding

44. Dit artikel spreekt in alle leden van nietigheid zonder de aard daarvan nader aan te geven. De vraag rijst of hiermee alleen nietigheid (van rechtswege) dan wel ook vernietigbaarheid of misschien alleen het laatste is bedoeld.

Volgens Asser-Scholten² maakt het artikel geen onderscheid, met andere woorden vallen beide begrippen er onder; wel zou het onderscheiden tussen strijd met materiële en formele voorschriften; nu ten aanzien van de laatste de mogelijkheid tot inroepen is beperkt tot zes maanden, moet de daarvoor bedoelde nietigheid wel vernietigbaarheid betekenen. Bregstein³ volgt hen in zijn bewerking van 1954. Van der Heijden⁴ meent, dat in het eerste lid uitsluitend aan nietigheid is gedacht; de bepaling dat iedere belanghebbende de nietigheid van een besluit kan inroepen, kan immers bezwaarlijk op de gevallen van vernietigbaarheid worden toegepast. Overigens heeft volgens hem de wetgever niet de bedoeling gehad in dit artikel een uitspraak te geven omtrent de aard van de nietigheid.

Wel bijzonder ver gaat Meijers⁵, die meent dat ook het tweede lid nietigheid regelt, alhoewel het dan een moeilijkheid voor hem wordt dat die nietigheid opeens in volkomen en onaantastbare geldigheid overgaat wanneer zes maanden zijn verlopen zonder dat de geldigheid in rechte is betwist. Tot een zelfde standpunt komt Leistikow⁶, die overigens eveneens dezelfde moeilijkheid erkent bij het verlopen van die zes maanden; zijn argument is, dat bij vernietigbaarheid het bestuur geen recht heeft een aantastbaar besluit niet

1. Onder meer HR 21 jan. 1966, NJ 1966, 214 en Hof Arnhem 8 maart 1927, NJ 1927, 1250.

2. Personenrecht 1940, p. 144.

3. Asser-Bregstein, p. 172.

4. NV 15, p. 98-99; WPNR 3457.

5. In zijn noot onder HR 11 mei 1931, NJ 1931, 857.

6. Leistikow, NV 17, p. 104, 106.

uit te voeren zolang die aantasting niet werkelijk is geschied. Verdam ¹ wekt de indruk in het artikel een regeling van de nietigheid te zien: 'Met de woorden "iederem aandeelhouder en iederem derde-belanghebbende" proclameert art. 46a K iederem nietigheidsgrond tot een grond van absolute door (practisch) elkeen in te roepen, nietigheid'. Absolute nietigheid stelt hij tegenover relatieve, waaronder hij vernietigbaarheid begrijpt.

Daartegenover stelt Hülsmann ² dat de regeling in het tweede en derde lid juist een voorbeeld is van een ontwikkeling, die in het gehele verenigingsrecht is aan te wijzen, en die erop is gericht bij de hoger ontwikkelde verenigingsvormen de nietigheid van besluiten binnen zo eng mogelijke grenzen te beperken, en haar waar mogelijk te vervangen door een aan strenge voorwaarden gebonden vernietigbaarheid. Anderzijds dwingt volgens hem het artikel tot het onderscheid tussen heilbare en niet-heilbare vormvereisten of, zoals ik hem begrijp, tussen nietigheid en vernietigbaarheid wegens strijd met voorschriften betreffende de wijze van totstandkomen van een besluit. Hülsmann gebruikt overigens een begrip 'vormvereisten' dat ruimer is dan in het tweede lid van het artikel bedoeld. Speetjens ³ en Polak ⁴ neigen tot de opvatting, dat het artikel vernietigbaarheid regelt, juist omdat het spreekt van inroepen.

Parlementaire geschiedenis van art. 46a K

45. In het wetsontwerp van 1910 ⁵ komt het artikel in zijn huidige redactie nog niet voor. Daarin worden voorgesteld een art. 46d K, luidende: 'Besluiten, tot stand gekomen op eene wijze, strijdig met de wet of eene wettige bepaling der akte van oprichting, zijn nietig', en een art. 47e K, luidende: 'Het recht om zich te beroepen op de nietigheid van eenig besluit der algemeene vergadering vervalt na verloop van zes maanden, te rekenen van den dag, waarop het besluit genomen is'. Ter toelichting op art. 46d K schrijft minister Nelissen: 'Deze bepaling zal velen als een axioma toeschijnen; dat haar nogthans eene plaats in het ontwerp is ingeruimd, is te danken aan de overweging, dat men vaak de meening toegedaan schijnt, dat van iedere bepaling der akte, welke niet den inhoud van een wetsartikel weergeeft, wettiglijk kan worden afgeweken, zoo slechts alle aandeelhouders in die afwijking toestemmen ⁶. Wordt het thans voorgestelde artikel wet, dan zal de onjuistheid dezer opvatting voor goed zijn vastgesteld'.

1. Diss., p. 184.

2. Diss., p. 95 noot 2.

3. Speetjens, diss., p. 119.

4. Polak, Inleiding tot het Nederlands rechtspersonenrecht, 1960, p. 51-52.

5. Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1909-1910, Bijlagen nr. 217.2, Belinfante 1929, p. 4 e.v.

6. Dit was verklaarbaar bij de contractuele visie, die toen nog sterk gold. Bovendien kende de wettelijke regeling van de n.v. toen nog weinig dwingendrechtelijk kader.

In het verslag van de commissie van voorbereiding van 1919 wordt door leden van die commissie gevraagd of in art. 46*d* alleen zijn bedoeld besluiten onwettig wat de vorm of ook besluiten onwettig wat de inhoud betreft, terwijl zij voor de laatste gevallen logisch onverdedigbaar achten dat het inroepen van de nietigheid is gebonden aan een korte termijn vanaf het tijdstip van het besluit, omdat zij van de mogelijkheid tot het uitlokken van een declaratoir niet overtuigd zijn. Minister Heemskerk komt hierop in zijn gewijzigd ontwerp van 1925 met een geheel ander artikel, thans 46*a* K, bestaande uit de huidige leden 1 en 2 met dien verstande dat het slot van lid 2 dan nog luidt: '... zonder dat het op voormelden grond in rechte is aangevochten'. Hij geeft daarbij de volgende toelichting ¹:

'De nietigheid van een besluit der algemene vergadering kan op verschillende oorzaken berusten. Het besluit kan materieel nietig zijn (bijv. strijd met de goede zeden), doch ook slechts formeel, bijv. als de vergadering niet is bijeengeroepen overeenkomstig de geldende voorschriften, als personen hebben medegestemd, die niet aandeelhouder waren, enz. Deze wet behoeft dit niet te zeggen; derhalve is de bepaling van het oude art. 46*d* weggelaten.

Het nieuwe art. 46*a* geeft nu voor die formeele gebreken een voorziening en wel in dezen zin, dat indien een besluit niet binnen een bepaalden tijd als informeel is aangevochten, die informaliteit voor gedekt wordt gehouden. Het hier gemaakte onderscheid tussen formeele en andere gebreken was in het oorspronkelijke ontwerp uit het oog verloren.

In het Verslag wordt bij het oude artikel 47*e* de opmerking gemaakt, dat het stellen van een korte termijn slechts verdedigbaar is, indien tevens de bevoegdheid wordt gegeven de nietigheid door de rechter zonder meer te doen uitspreken. Die opmerking is volkomen juist. Het nieuwe artikel gaat ervan uit, dat iedere aandeelhouder en iedere derde-belanghebbende de nietigheid kan inroepen zonder beperking; dus zowel bij zelfstandige actie, als gekoppeld aan een andere vordering of bij wijze van exceptief verweer.

De bedoeling is, dat indien zes maanden sedert het besluit rustig zijn verlopen, de informaliteit is gedekt. Doch indien, al is het slechts door één daartoe bevoegde, binnen die tijd de nietigheid in rechte is ingeroepen, kunnen ook anderen ook na verloop van die tijd hetzelfde doen. Immers het laatste lid zegt: "indien ... zes maanden zijn verlopen zonder dat het op voormelde grond in rechte is aangevochten"; die voorwaarde kan niet meer worden vervuld, zoodra één het besluit als onregelmatig in rechte aangevochten heeft. Tenslotte is er geen reden de kwade trouw in bescherming te nemen; vandaar dat het laatste lid van het nieuwe artikel voor dat geval uitdrukkelijk een voorbehoud maakt.'

Tijdens de mondelinge behandeling is dit artikel geen onderwerp van gesprek meer geweest, behoudens de opmerking van minister Donner ², dat het niet inacht nemen van de oproepingstermijn geen 'absolute nietigheid' meebrengt, maar de mogelijkheid van een 'beroep op nietigheid' binnen zes maanden. Bij nieuw gewijzigd ontwerp krijgt het artikel tenslotte zijn huidige gestalte.

Van belang uit de parlementaire geschiedenis is vooral de toelichting van minister Heemskerk. 'Deze wet behoeft dit niet te zeggen', erkent hij met betrekking tot de gronden waarop een besluit ongeldig kan zijn en daarom trekt hij art. 46*d* K in. Men moet aannemen, dat de huidige wet dit dan ook

1. Belinfante 1929, p. 208-209.

2. Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer 23 maart 1927, p. 1811.

inderdaad niet zegt. Het aan duidelijkheid niets te wensen overlatend vervolg 'Het nieuwe art. 46a geeft nu voor die formeele gebreken een voorziening...' wettigt het standpunt dat het artikel in al zijn leden slechts de mogelijkheid beoogt te regelen een besluit aan te tasten wegens die zogenaamde formele gebreken.

De nadere regeling van het eerste lid is voortgevloeid uit de opmerking in het verslag van de commissie van voorbereiding, dat er behoefte bestond uitdrukkelijk de bevoegdheid vast te leggen om een declaratoir over de ongeldigheid bij de rechter uit te lokken, dus zonder bijkomende vordering of zonder dat men daartoe ten verwere genoodzaakt wordt. Aan die behoefte heeft de minister voldaan, zoals duidelijk uit zijn toelichting blijkt; de bepaling 'kan in rechte worden ingeroepen' geeft hieraan uitdrukking.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dus, dat onder inroepen van nietigheid in art. 46a K slechts is bedoeld een beroep doen op vernietigbaarheid wegens een gebrek in de wijze van totstandkomen van het besluit, de formele ongeldigheid. Dat blijkt nog eens duidelijk uit het vervolg van 's ministers toelichting: 'De bedoeling is, dat indien zes maanden sedert het besluit rustig zijn verlopen, de informaliteit is gedekt.' Geldigheid dus tot vernietiging, terwijl de mogelijkheid van vernietiging aan een korte termijn is gebonden, behoudens de in lid 2 genoemde uitzondering in geval van kwade trouw en de in lid 3 geregelde mogelijkheid. Deze twee uitzonderingen betreffen louter de termijn van inroeping van de ongeldigheid.

Deze conclusie behoeft niet te verrassen. Indien nietigheid was bedoeld, zou het artikel in lid 1 iets overbodigs regelen. Dan was bovendien lid 2 onaanvaardbaar: een nietigheid zou na korte tijd van stilzitten plotseling onaanastbare geldigheid worden, een moeilijkheid waar Meijers¹, Leistikow² en Tieleman³ zich reeds voor geplaatst hebben gezien. Art. 46a K is niet een op zichzelf staande bepaling, lid 1 met name heeft geen zelfstandige betekenis. Het artikel is slechts een uitdrukkelijk in de wet geregeld uitvloeisel van een algemeen beginsel⁴.

Nadat in de zevende druk van het *Handboek* van Van der Heijden-Van der Grinten over artikel 46a K aanvankelijk anders was geacht⁵, wordt in de achtste druk dit artikel thans ook uitgelegd in de door mij verdedigde betekenis. Erkend wordt dat de kern van het artikel is gelegen in het tweede en derde lid; dat dit artikel slechts een termijnregeling geeft voor het inroepen van vernietigbaarheid⁶.

1. In noot onder HR 11 mei 1931, NJ 1931, 857.

2. NV 17, p. 106.

3. A.w., p. 83.

4. A. van Oven, WPNR 4956.

5. Nr. 225 en 226.

6. Nr. 223.1 en 223.2.

Regelmatige wijze

46. Art. 46a K spreekt in lid 2 van 'niet op regelmatige wijze of met de door wet of akte van oprichting vereischte medewerking van aandeelhouders tot stand gekomen'. Zoals we hiervoor gezien hebben en trouwens uit de tekst van het lid blijkt, regelt het slechts ongeldigheid in de wijze van totstandkomen.

De uitdrukking 'regelmatige wijze' heeft betrekking op voorschriften terzake de wijze en de termijn van oproepen, de inhoud van de oproep, de plaats van tervisielegging der agenda, de plaats van de vergadering, de leiding van de vergadering, de wijze van stemmen, enz. Ook de vereiste medewerking van een ander orgaan krachtens oligarchische clausules raakt de regelmatige wijze van totstandkomen. Wanneer bijv. bestuurders slechts kunnen worden benoemd uit een voordracht van commissarissen, is die voordracht een aspect van de wijze van totstandkomen van het aandeelhoudersbesluit en niet van de inhoud. Wordt zonder voordracht een bestuurder benoemd, dan is het aandeelhoudersbesluit niet op regelmatige wijze tot stand gekomen en daarom ongeldig (vernietigbaar).

Men zou wellicht geneigd zijn te denken, dat in het laatste geval de algemene vergadering onbevoegd is tot benoeming van bestuurders te besluiten en het besluit dan in zijn inhoud ongeldig is, de materiële ongeldigheid. Bedacht moet echter worden, dat de aandeelhoudersvergadering ondanks de oligarchische clausule het tot benoemen van bestuurders aangewezen orgaan blijft, de materie blijft tot haar competentie behoren. Besluit de vergadering zonder voordracht, dan is de kern van het besluit geldig, er ontbreekt echter slechts een bijkomend element aan. Het benoemingsrecht van de aandeelhoudersvergadering zou ook niet verijdeld kunnen worden. Komt er binnen de gestelde of een redelijke termijn geen voordracht of is die voordracht naar objectieve maatstaven gemeten onredelijk, dan kan de algemene vergadering zonder voordracht of met passering van de onredelijke voordracht tot benoeming besluiten ¹.

De regels, waaraan de wijze van totstandkomen moet voldoen wil er van regelmatige wijze als in lid 2 van art. 46a K bedoeld sprake zijn, moeten worden gezocht in de wet en de statuten. Weliswaar gelden ook normen van goede trouw voor de wijze van totstandkomen, maar daarop heeft lid 2 geen betrekking. Van der Grinten verdedigt echter dat dit wel het geval is ². Toegegeven kan worden, dat de woorden 'de door wet of akte van oprichting vereischte' in lid 2 letterlijk wellicht slechts betrekking hebben op 'medewerking van aandeelhouders' en niet op 'regelmatige wijze'. Toch meen ik hierover anders te moeten denken dan Van der Grinten, reeds op grond van de wetsgeschiedenis. Minister Heemskerk ³ heeft blijkens zijn toelichting op de

1. Handboek nr. 250.

2. Asser-Van der Grinten, p. 168; Ars Aequi XIV, p. 65 e.v.

3. Zie het citaat in nr. 45.

redactie van lid 2 kennelijk slechts wettelijke of statutaire vormvoorschriften op het oog, welke toelichting door het parlement zonder nader commentaar is aanvaard. Voorts impliceert de bepaling van lid 2 een beperking in de uitoefening van een recht (om tegen een ongeldig besluit op te komen) door er een termijn van zes maanden voor te geven en ze moet daarom beperkt worden uitgelegd. En tenslotte pleit ook de billijkheid voor mijn standpunt, omdat nu de werking van de vervalltermijn wordt beperkt. Deze vervalltermijn neemt immers een aanvang op de dag na het besluit ¹ en kan verlopen, ook indien men de ongeldigheid niet kent, hetgeen toch zeer onbevredigend kan zijn ².

In het arrest I.A.M./Mante van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 heeft de Hoge Raad de regelmatige wijze als bedoeld in lid 2 van art. 46a K duidelijk beperkt tot de wet en de statuten:

'dat het tweede lid van art. 46a K het oog heeft op besluiten die nietig zijn wegens strijd met de eisen welke in wet of statuten met betrekking tot het totstandkomen van besluiten worden gesteld; dat het in het onderhavige geval evenwel gaat om de nietigheid van een besluit, niet op grond van overtreding van een vormvoorschrift in wet of statuten gesteld, doch wegens strijd met een eis van redelijkheid en billijkheid jegens medeaandeelhouders in acht te nemen en hierin bestaande dat, ook indien juist mocht zijn dat wet of statuten individuele oproeping van de aandeelhouders niet dwingend voorschreven, niettemin de bijzondere omstandigheden van het geval tijdige verwittiging bepaaldelijk van die aandeelhouders wier belangen in het bijzonder door het te nemen besluit werden geraakt, geboden deden zijn.'

Door deze beperkte uitleg kon Mante ook nog na zes maanden een beroep doen op een gebrek in de wijze van totstandkomen wegens strijd met de goede trouw van een voor haar ongunstig besluit.

Vereiste medewerking van aandeelhouders

47. Onder 'vereischte medewerking van aandeelhouders' als in lid 2 van art. 46a K bedoeld is slechts begrepen een voldoende aantal geldige stemmen. Ongeldig zijn de stemmen van stromannen, van onbevoegde gevolmachten, van juridisch onbekwamen, enz. Ook hier geldt dat lid 2 slechts het oog heeft op (on-)geldigheid krachtens wet of statuten. Ongeldigheid van stem wegens strijd met de goede trouw valt niet onder de werking van dit lid. De tekst van het lid wijst daar duidelijk op, er staat immers letterlijk 'de door wet of akte van oprichting ³ vereischte medewerking van aandeelhouders'.

48. Dat ook de ongeldigheid van besluiten van andere organen dan de alge-

1. Hof Amsterdam 10 maart 1938, NJ 1938, 1114.

2. Maeijer, NV 42, p. 169-170.

3. Waarmee is bedoeld op de statuten.

mene vergadering van aandeelhouders kan worden ingeroepen, vloeit niet voort uit analogische toepassing van art. 46a K doch uit toepassing van het meer algemene beginsel dat de ongeldigheid van een rechtshandeling kan worden ingeroepen door iemand die daarbij een rechtmatig belang heeft. De bepalingen van de leden 2 en 3 van art. 46a K gelden daarbij niet; die zijn slechts voor besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders geschreven. Er is geen klemmend argument om op praktische of billijkheidsgronden de termijnregeling van de leden 2 en 3 ook voor besluiten van andere organen toepasselijk te achten¹. Veeleer zou het tegendeel gelden, omdat besluiten van bijv. commissarissen gewoonlijk minder openlijke bekendheid hebben dan van de algemene vergadering van aandeelhouders. Wel kan het in strijd zijn met de goede trouw om eerst na geruime tijd stilzitten een beroep op de ongeldigheid van een ander orgaan te doen; men kan zijn recht daarop verwerken. Doch dat kan dan ook het geval zijn wanneer de termijnregeling wél zou gelden.

§ 4 NIEUW BW

Nietigheid en vernietigbaarheid in het algemeen

49. Het nieuwe BW regelt in boek 3 titel 2 afzonderlijk de rechtshandeling. Daarbij wordt uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen eenzijdige en meerszijdige rechtshandelingen en de begrippen nietigheid en vernietigbaarheid. Hierop deels aanvullend, deels derogierend, geven de art. 2.1.8 t/m 2.1.9a speciale regels voor ongeldigheid van besluiten van organen van rechtspersonen, waarop ik nog terug kom. Schematisch voorgesteld geeft de regeling van boek 3 titel 2 het volgende beeld. Weergave van dit schema impliceert termijnregeling wél zou gelden.

Eenzijdige rechtshandelingen

Meerszijdige rechtshandelingen

Nietigheid

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Bij strijd met de openbare orde of de goede zeden, 3.2.7.1. 2. Bij strijd met een voorgeschreven vorm, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.6. 3. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, tenzij die wets- | <ol style="list-style-type: none"> 1. Bij strijd met de openbare orde of de goede zeden, 3.2.7.1. 2. Bij strijd met een voorgeschreven vorm, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.6. 3. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, tenzij |
|---|---|

1. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 19.

bepaling niet beoogt de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten, 3.2.7.3.jo. 2.

4. Bij juridische onbekwaamheid, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.1.2.
5. Bij gemis aan wil, 3.2.2.3.

- a. die wetsbepaling niet beoogt de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten, 3.2.7.3.jo. 2;
- b. die wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van een der partijen, 3.2.7.2.

Vernietigbaarheid

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Bij strijd met een regelende wetsbepaling.2. Bij bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, 3.2.10.1.3. Bij dwaling, doch slechts in de door de wet genoemde gevallen, 3.2.12.4. Bij benadeling van crediteuren, 3.2.11.1. | <ol style="list-style-type: none">1. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, die uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van een der partijen, 3.2.7.2.2. Bij strijd met een regelende wetsbepaling.3. Bij juridische onbekwaamheid, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.1.2.4. Bij gemis aan wil, 3.2.2.3.5. Bij bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, 3.2.10.1.6. Bij dwaling, doch slechts in de door de wet genoemde gevallen, 3.2.12.7. Bij benadeling van crediteuren, 3.2.11.1. |
|--|---|

Deze regeling lost verschillende kwesties op, is overzichtelijk en praktisch hanteerbaar. Toch rijzen er enkele vragen.

50. Waarom een afzonderlijk voorschrift wordt gewijd aan strijd met een voorgeschreven vorm is mij niet duidelijk. De toelichting-Meijers¹ geeft de volgende verklaring: 'Vormvoorschriften dragen een dwingend karakter. Daar

1. Staatsdrukkerij 1954, p. 189.

bovendien, wanneer de vorm niet in acht is genomen, het gebrek alleen te helen is door, zo dit nog mogelijk is, alsnog aan het vormvereiste te voldoen, is het normale gevolg van het ontbreken van die vorm absolute nietigheid. De bepaling is dan ook in overeenstemming met hetgeen in Nederland geleerd wordt en met wat de buitenlandse wetten, die zich dienaangaande uitlaten, bepalen. Natuurlijk kan de wet in bijzondere gevallen een andere sanctie op het niet-naleven van vormvoorschriften stellen.¹

De memorie van toelichting zegt niets, het voorlopig verslag niets bijzonders hierover.

Het begrip vorm wordt niet nader toegelicht. Het zal echter wel eng bedoeld zijn, dus niet in het algemeen de wijze waarop een rechtshandeling tot stand komt, doch beperkt tot bijv. een verrichting van een openbaar ambtenaar (huwelijk) of een akte (dading). Deze bepaling ligt echter ook reeds opgesloten in de regeling van art. 3.2.7.2. Het mag al zo zijn dat bij bepaalde rechtshandelingen de – eng bedoelde – vorm belangrijker is dan bij andere en het toenemen van vormvoorschriften in overeenstemming is met de eisen van het rechtsverkeer¹, de summiere toelichting-Meijers biedt geen aanknopingspunt voor deze afzonderlijke regeling. Deze komt mij zelfs verwarrend voor; er wordt nu immers de indruk gewekt, dat de art. 3.2.6 en 3.2.7.2 geheel verschillende onderwerpen regelen. Ik vraag mij af, of het niet overweging zou verdienen art. 3.2.6 alsnog als overbodig te laten verdwijnen.

51. Indien een wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, is krachtens lid 2 van art. 3.2.7 die rechtshandeling vernietigbaar. Aan de partij voor wie de bescherming geldt wordt het overgelaten de vernietigbaarheid al dan niet in te roepen. A contrario is bij een eenzijdige rechtshandeling in zo'n geval sprake van nietigheid.

Het valt te betwijfelen of dit onderscheid wel geheel gerechtvaardigd is. Verdedigbaar lijkt mij, dat bij strijd met wetsbepalingen welke uitsluitend beogen de belangen van bepaalde personen of groepen van personen te beschermen het steeds aan die personen moet worden overgelaten of zij op de ongeldigheid een beroep wensen te doen, ook bij eenzijdige rechtshandelingen; in beide gevallen zou dus vernietigbaarheid gewenst zijn².

52. De nietigheid van eenzijdige rechtshandelingen van een juridisch onbekwame, zulks in afwijking van het thans geldende recht, wordt in de toelichting-Meijers³ billijk genoemd teneinde voor derden een toestand van onzekerheid te vermijden. Bij meerzijdige rechtshandelingen is die toestand in zoverre te rechtvaardigen, dat degenen die daardoor getroffen worden, bijv.

1. Asser-Rutten II, p. 39.

2. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 9 noot 1.

3. Staatsdrukkerij 1954, p. 181-182.

de medecontractanten, zelf tot die handeling hebben meegewerkt; bovendien hebben zij nog het hulpmiddel van art. 3.2.18.2 ¹, de mogelijkheid om degene die de rechtshandeling kan vernietigen – de wettelijke vertegenwoordiger en na opheffing van de onbekwaamheid de ex-onbekwame – tot een keuze binnen redelijke termijn te sommeren met verval van vernietigingsrecht wanneer van die keuze geen gebruik wordt gemaakt. Bij eenzijdige rechtshandelingen ontbreekt een wederpartij en kunnen belangen van meer personen betrokken zijn dan bij een overeenkomst. Hier mag voor derden geen onzekerheid ontstaan, die alleen in de handelende persoon zijn oorzaak vindt en alleen daarvoor al dan niet voortbestaat, aldus de toelichting-Meijers ².

De memorie van toelichting zwijgt op dit punt. In het voorlopig verslag wordt echter terecht de vraag gesteld, waarom ook niet bij eenzijdige rechtshandelingen de keus kan worden gelaten aan de wettelijke vertegenwoordiger. Ik zou hieraan willen toevoegen: en waarom derden-belanghebbenden ook niet de sommatiemoogelijkheid van art. 3.2.18.2 gegeven? Dat komt nl. praktischer voor, nietigheid lijkt mij een te zwaar gevolg.

De nietigheid van eenzijdige rechtshandelingen bij gemis aan wil wordt in de toelichting-Meijers met dezelfde argumenten als bij juridische onbekwaamheid verdedigd. In het voorlopig verslag wordt er terecht op gewezen dat het verschil in gevolgen tussen eenzijdige en meerzijdige rechtshandelingen bij gemis aan wil niet goed is doordacht; in beide gevallen immers ontbreekt dezelfde grondslag voor rechtsgevolgen, in beide gevallen zou veeleer nietigheid op zijn plaats zijn. Men zou het onderscheid slechts op louter praktische overwegingen nog wel willen accepteren.

Ik zou daarentegen de voorkeur willen geven aan vernietigbaarheid in beide gevallen. Extreme gevallen zullen slechts zelden tot moeilijkheden leiden; bij volkomen onkenbaar gemis aan wil biedt art. 3.2.3.1 ³ aan derden bescherming, in duidelijk zichtbare gevallen houden derden doorgaans zelf wel rekening met het gebrek. In de praktijk zijn het (meestal) slechts de twijfelgevallen, die problemen opleveren. De billijkheid vergt niet dat dan slechts degene die aan het euvel lijdt wordt beschermd. Weliswaar kan, bij vernietigbaarheid, voor derden een toestand van onzekerheid ontstaan, die, ingeval de betrokken persoon geen wettelijke vertegenwoordiger heeft, zijnerzijds be-

1. 'Eveneens vervalt de bevoegdheid om de rechtshandeling te vernietigen, wanneer een onmiddellijk belanghebbende, nadat de termijn een aanvang heeft genomen, aan hem die de vernietiging kan tot stand brengen, heeft gevraagd om binnen een redelijke, hem gestelde termijn te kiezen tussen een bevestiging en een vernietiging, en deze binnen die termijn geen keuze heeft gedaan.'

2. Staatsdrukkerij 1954, p. 183.

3. 'Tegen hem, die een verklaring of een gedraging heeft opgevat in de zin, waarin een redelijk oordelend mens haar onder de gegeven omstandigheden mocht opvatten, en voor wie het niet duidelijk kenbaar was, dat een daarmee overeenstemmende wil ontbrak, kan geen beroep op gemis van die wil worden gedaan. Evenmin kan op de onvolledigheid van een verklaring een beroep worden gedaan tegenover hem, die deze onvolledigheid niet kende, noch behoorde te kennen.'

zwaarlijk tot een eind kan worden gebracht. Doch wanneer derden er belang bij hebben dat aan zo'n toestand van onzekerheid een eind wordt gemaakt, zou hun de mogelijkheid gegeven kunnen worden de benoeming van een provisioneel bewindvoerder uit te lokken, tegen wie een sommatiemogelijkheid op de voet van art. 3.2.18.2 ware te geven.

53. De kenmerken van nietigheid en vernietigbaarheid alsmede de werking zijn in het nieuwe BW niet duidelijk geregeld. Ook zonder dat daarover iets wordt gezegd moet echter worden aangenomen dat nietigheid van rechtswege werkt, zodat daarop door iedere belanghebbende te allen tijde een beroep kan worden gedaan en de rechter er ambtshalve acht op moet slaan. Dat vernietigbaarheid eerst werkt na beroep dient ook hier te worden aangenomen. Een bijzonderheid is dat reeds een buitengerechtelijke verklaring voor beroep op vernietigbaarheid voldoende is, art. 3.2.13; voor wat betreft besluiten van organen van rechtspersonen derogeren hieraan echter weer de art. 2.1.8a t/m 2.1.9a, omdat niet een tussen twee doch tussen vele personen bestaande rechtsbetrekking moet worden vernietigd, aldus de toelichting-Meijers¹. Voor vernietiging van een besluit is dus steeds rechterlijke tussenkomst vereist. Niet echter voor vernietiging van stem, omdat lid 4 van art. 2.1.8a de werking van art. 3.2.13 onaangetast laat. Na vernietiging van stem is echter, om vernietiging van een besluit te verkrijgen, toch weer rechterlijke tussenkomst vereist.

Speciale regeling voor ongeldigheid van besluiten

54. De art. 2.1.8 t/m 2.1.9a geven speciale regels voor vernietigbaarheid van besluiten van organen van een rechtspersoon. Deze werken deels aanvullend, deels derogierend ten opzichte van de regeling van boek 3 titel 2². Verschillende bepalingen van boek 3 titel 2 blijven ook op besluiten van toepassing.

Schematisch voorgesteld geeft deze regeling het volgende beeld, dat weliswaar gedeeltelijk parallel loopt met het schema op p. 66 doch in verband met de overzichtelijkheid toch in zijn geheel wordt gegeven.

Ook hier geldt, dat weergave van dit schema nog geen instemming mijnerzijds impliceert.

1. Van Zeven, p. 140.

2. Van Zeven, p. 150.

Besluiten van eenhoofdige organen

*Besluiten van meerhoofdige organen*¹

Nietigheid

1. Bij strijd met de openbare orde of goede zeden, 3.2.6.
2. Bij strijd met een voorgeschreven vorm, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.6.
3. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, tenzij
 - a. die wetsbepaling niet beoogt de geldigheid van daarmede strijdige besluiten aan te tasten, 3.2.7.3;
 - b. die wetsbepaling de bevoegdheid van het orgaan of de wijze van totstandkomen van besluiten regelt, 2.1.8a 1 sub a.
4. Bij juridische onbekwaamheid, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.1.2.
5. Bij gemis aan wil, 3.2.2.3.

1. Bij strijd met de openbare orde of goede zeden, 3.2.6.
2. Bij strijd met een voorgeschreven vorm, tenzij de wet anders bepaalt, 3.2.6.
3. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, tenzij
 - a. die wetsbepaling niet beoogt de geldigheid van daarmede strijdige besluiten aan te tasten, 3.2.7.3;
 - b. die wetsbepaling de bevoegdheid van het orgaan of de wijze van totstandkomen van besluiten regelt, 2.1.8a 1 sub a;
 - c. die wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van één betrokkene of een groep van betrokkenen, 3.2.7.2.

Vernietigbaarheid

1. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, die de bevoegdheid van het orgaan of de wijze van totstandkomen regelt, 2.1.8a 1 sub a.

1. Bij strijd met een dwingende wetsbepaling, die
 - a. de bevoegdheid van het orgaan of de wijze van totstandkomen regelt, 2.1.8a 1 sub a;

1. Zie voor de onderscheiding tussen éénhoofdige en meerhoofdige organen: hoofdstuk I paragraaf 2. In het bijzonder zij er nog op gewezen, dat een aandeelhoudersvergadering, waar maar één van meer aandeelhouders verschijnt, en zelfs van een éénmans-n.v., typologisch een meerhoofdige orgaan is.

- | | |
|---|--|
| <p>2. Bij strijd met een regelende wetsbepaling.</p> <p>3. Bij strijd met de statuten, 2.1.8a 1 sub <i>b</i>.</p> <p>4. Bij strijd met de goede trouw, 2.1.8a 1 sub <i>c</i>.</p>
<p>5. Bij bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, 3.2.10.1. jo. 2.1.8a 4.</p> <p>6. Bij dwaling, doch slechts in de door de wet genoemde gevallen, 3.2.12. jo. 2.1.8a 4.</p> <p>7. Bij benadeling van crediteuren, 3.2.11.1 jo. 2.1.8a 4.</p> | <p>b. uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van één betrokkene of een groep van betrokkenen, 3.2.7.2.</p> <p>2. Bij strijd met een regelende wetsbepaling.</p> <p>3. Bij strijd met de statuten, 2.1.8a 1 sub <i>b</i>.</p> <p>4. Bij strijd met de goede trouw, 2.1.8a 1 sub <i>c</i>.</p> <p>5. Bij juridische onbekwaamheid (van een besluitvormer), 3.2.1.2. jo. 2.1.8a 4.</p> <p>6. Bij gemis aan wil (van een besluitvormer), 3.2.2.3. jo. 2.1.8a 4.</p> <p>7. Bij bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, 3.2.10.1. jo. 2.1.8a 4.</p> <p>8. Bij dwaling, doch slechts in de door de wet genoemde gevallen, 3.2.12. jo. 2.1.8a 4.</p> <p>9. Bij benadeling van crediteuren, 3.2.11.1 jo. 2.1.8a 4.</p> |
|---|--|

55. De opmerkingen gemaakt naar aanleiding van het schematisch overzicht van nietigheid en vernietigbaarheid in het algemeen ¹ gelden mutatis mutandis ook hier.

Zoals in nr. 50 uiteengezet, lost strijd met een voorgeschreven vorm zich op in strijd met een dwingende wetsbepaling. Een speciale vorm is voor besluitvorming bovendien niet voorgeschreven; let wel, hieronder worden niet verstaan de bepalingen terzake oproep, termijn van tervisielegging van de agenda, de plaats van de vergadering, enz.

Bij juridische onbekwaamheid of gemis aan wil van een eenhoofdige orgaan is in het systeem van het nieuwe BW de stem nietig, maar nu in zulke gevallen stemuitbrenging en besluitvorming in één moment samenvallen kan men stellen dat deze gebreken dan tot nietigheid van het besluit leiden. Mijn bezwaren tegen het verschil in gevolgen eenzijdige en meerzijdige rechtshandelingen bij juridische onbekwaamheid en gemis aan wil, zoals in nr. 52 uiteengezet, gelden ook hier en wellicht in nog sterkere mate ten aanzien van eenhoofdige en meerhoofdige organen. Mijn kritiek op nietigheid van eenzijdige rechtshandelingen in zulke gevallen spreekt duidelijk, wanneer bijv. een 20-jarige enig bestuurder is. In het systeem van het nieuwe BW is ieder

1. Nr. 50-52.

besluit van hem (eenhoofdig orgaan) nietig, terwijl het besluit van de 20-jarige enige aandeelhouder (meerhoofdig orgaan) vernietigbaar is. Dit onderscheid is moeilijk aanvaardbaar.

Hieruit blijkt reeds aanstonds dat de toepasselijkheid van bepalingen betreffende de rechtshandeling in het algemeen (boek 3 titel 2) op de regeling terzake het besluit (boek 2 titel 1) door de wetgever niet voldoende doordacht is. Dat blijkt trouwens ook uit het volgende.

Niet alleen bij strijd met regelende doch ook met dwingende wetsvoorschriften die de bevoegdheid van het orgaan regelen volgt volgens art. 2.1.8.a 1 sub a steeds vernietigbaarheid. Het valt op zijn minst te betwijfelen of dit juist is. Ik meen dat er zeker gevallen van nietigheid zijn. Inbreuk op de competentie die dwingend de algemene vergadering van aandeelhouders toekomt leidt stellig tot nietigheid. Tot deze competentie behoort benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen ¹, vaststelling van de jaarstukken, statutenwijziging en ontbinding. Wanneer nu commissarissen een besluit tot statutenwijziging nemen, is dat nietig. Ik kom daar op terug in hoofdstuk IV.

Non-existentie

56. De wetgever van het nieuwe BW heeft discussie over non-existentie van een besluit willen vermijden. Art. 2.1.8 is daartoe een poging². In de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer ³ wordt als toelichting op dit artikel vermeld: 'Zodra in de wet bepaald wordt, dat een besluit rechtsgevolgen heeft zolang het niet op vordering van zekere personen, binnen een korte tijd in te stellen, door de rechter vernietigd is, dient de wet aan te geven in welke gevallen het resultaat van een stemming een besluit is. Anders ontstaat er onvermijdelijk onzekerheid omtrent de vraag of men in een bepaald geval te doen heeft met een vernietigbaar besluit – op welke vernietigbaarheid slechts in rechte een beroep kan worden gedaan door bepaalde personen binnen een korte termijn – dan wel met een schijnbesluit, op de nietigheid waarvan eenieder zich te allen tijde in en buiten rechte kan beroepen.'

1. Met uitzondering van het geval geregeld in art. 50c lid 2 K.

2. '1. Tenzij de statuten anders bepalen, is het ter algemene vergadering van een vereniging of naamloze vennootschap uitgesproken oordeel van de voorzitter, dat door de vergadering een besluit is genomen, beslissend. Hetzelfde geldt voor de inhoud van een genomen besluit, voor zover gestemd werd over een niet schriftelijk vastgelegd voorstel.

2. Wordt echter onmiddellijk na het uitspreken van het in het eerste lid bedoelde oordeel de juistheid daarvan betwist, dan vindt een nieuwe stemming plaats, wanneer de meerderheid der vergadering of, indien de oorspronkelijke stemming niet hoofdelijk of schriftelijk geschiedde, een stemgerechtigde aanwezige dit verlangt. Door deze nieuwe stemming vervallen de rechtsgevolgen van de oorspronkelijke stemming.'

3. Van Zeben, p. 144.

De regeling van art. 2.1.8.1 houdt in, dat het ter vergadering uitgesproken oordeel van de voorzitter dat door de vergadering een besluit is genomen, beslissend is. Deze regeling biedt ontegenzeggelijk praktisch voordeel. Wanneer de voorzitter nu constateert dat er een besluit is genomen, kan er van discussie over non-existentie geen sprake meer zijn, ook al zou dat besluit een essentiële ontberen.

Zoals ik heb uiteengezet¹ vertoont in de leer van de non-existentie een non-existente rechtshandeling wel kenmerken van de beoogde rechtshandeling, doch verdient niettemin niet de naam nietige rechtshandeling omdat tenminste één essentiële daarvan ontbreekt.

Wanneer de voorzitter nu vaststelt dat de meerderheid voor een voorstel heeft gestemd terwijl dit in werkelijkheid niet zo is, is er toch een besluit dat slechts in een korte periode op de gronden in art. 2.1.8a vermeld door de rechter kan worden vernietigd, behoudens

- a. bij nietigheid op grond van de bepalingen in boek 3 titel 2. Dan is er rechs immers geen besluit;
- b. bij nietigheid wegens inbreuk op de bevoegdheid van organen, die dwingend aan deze organen is toegekend. Dit is dus anders dan art. 2.1.8a 1 sub a suggereert, zoals in nr. 55 uiteengezet;
- c. wanneer terstond na de vaststelling van de voorzitter de juistheid van dit oordeel ter vergadering wordt betwist, lid 2 van art. 2.1.8. Er moet dan een nieuwe stemming plaatsvinden; is de oorspronkelijke stemming niet hoofdelijk of schriftelijk gebeurd, bijv. bij acclamatie, bij zitten en opstaan, of bij hand opsteken, dan is de wens van één aanwezige daartoe reeds voldoende, in andere gevallen moet de meerderheid een nieuwe stemming vergen.

Lid 1 van art. 2.1.8 maakt onderscheid naargelang het in stemming gebrachte voorstel al dan niet schriftelijk is vastgelegd. Is het voorstel niet schriftelijk vastgelegd, dan geldt de beslissende vaststelling van de voorzitter dat het besluit is genomen ook voor de inhoud van dat besluit, uiteraard behoudens hetgeen hiervoor sub a, b en c is gesteld. Is het voorstel wel tevoren schriftelijk vastgelegd, dan is dus a contrario het oordeel van de voorzitter over de inhoud niet bindend. De consequenties van dit onderscheid zijn niet goed te overzien.

Hoe die schriftelijke vastlegging moet zijn geschied, wordt niet nader aangegeven. De parlementaire geschiedenis werpt hierop ook geen licht; zonder nadere toelichting wordt in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer² gesproken van 'formulering . . . schriftelijk . . . vastgelegd'. Bezwaarlijk kan men hierbij het oog gehad hebben op de notulen, omdat deze gewoonlijk eerst na de vergadering worden uitgewerkt en tijdens een volgende vergadering

1. Nr. 43.

2. Van Zeven, p. 145.

worden goedgekeurd. Men zou kunnen denken aan de convocatie of ook aan de mogelijkheid dat de voorzitter tijdens de vergadering het voorstel op schrift stelt of doet stellen en voorleest c.q. doet voorlezen. Duidelijk is het niet.

Het onderscheid wordt door de regering gemotiveerd ¹ met het argument dat, wanneer bij voorafgaande schriftelijke formulering de voorzitter na de stemming een afwijkende formulering geeft, er een kennelijke vergissing in het spel moet zijn waaraan geen rechtsgevolgen behoren te worden toegekend. De regering gaat er daarbij waarschijnlijk van uit dat voorzitters zich in dergelijke gevallen wel niet dikwijls zullen vergissen of vergissingen in ieder geval wel terstond zullen worden opgemerkt. Deze argumentering lijkt mij niet sterk, alhoewel ik kan toegeven dat er altijd wel iets meer zekerheid van deze regeling uitgaat.

Zowel bij schriftelijke vastlegging als bij het ontbreken daarvan kan de voorzitter vergissingen begaan. Bovendien, als de voorzitter zich bij voorafgaande schriftelijke formulering kan vergissen, kunnen er ook vergissingen in de schriftelijke formulering zelf sluipen. Tenslotte kan meningsverschil ontstaan over de vraag of van een schriftelijke vastlegging wel sprake is geweest. Indien waarde wordt gehecht aan het oordeel van de voorzitter, moet deze waarde niet afhankelijk zijn van een niet nader in de wet geregelde schriftelijke formulering. Ik vraag mij af of het wellicht geen aanbeveling verdient het onderscheid alsnog uit art. 2.1.8 te schrappen, hetgeen zou kunnen door de tweede volzin van lid 1 te doen luiden: 'Hetzelfde geldt voor de inhoud van een genomen besluit'.

Het oordeel van de voorzitter is in de regeling van artikel 2.1.8 slechts beslissend voor de vaststelling dát er een besluit is genomen. Het ontwerp-Meijers sprak van 'of', maar dit is na commentaar van de Tweede Kamer gewijzigd in 'dat' in overeenstemming met het Engelse recht ². Het oordeel van de voorzitter, dat een besluit niet is tot stand gekomen, is dus niet beslissend. Indien toch een besluit is genomen, zal iedere belanghebbende de rechter kunnen verzoeken zulks te constateren; de verklaring van de voorzitter en eventuele notulen zullen in dat geding niet als volledige bewijsmiddelen kunnen dienen. Een dergelijk besluit kan, afgezien van de rechterlijke constatering, ongeldig zijn, immers indien gronden voor nietigheid of vernietigbaarheid bestaan. Ditzelfde geldt voor het geval de voorzitter iedere constatering achterwege laat; ook dan kan er toch een besluit zijn genomen, met alle mogelijkheden van nietigheid of vernietigbaarheid.

De schijn van constatering door de voorzitter dat door de vergadering een besluit is genomen, alhoewel noch van een besluit noch van constatering door de voorzitter sprake is, kan nimmer op zich zelf een besluit doen ontstaan. Die schijn kan worden veroorzaakt door bijv. notulering van zo'n niet plaats gevonden constatering. Onder omstandigheden zullen de n.v., de aandeel-

1. Van Zeben, p. 145.

2. Art. 141 lid 3 Companies Act 1948; Van Zeben, p. 144.

houders en soms zelfs derden-belanghebbenden overigens wel de schijn tegen zich moeten laten gelden. Wanneer betrokkenen van de onjuiste notulering op de hoogte zijn en daar niet tijdig tegen opkomen, terwijl met die notulen wordt gehandeld alsof er van een werkelijk besluit sprake was, kunnen zij hun recht verwerken daar later alsnog bezwaar tegen te maken. Het is dan echter niet het niet-genomen besluit dat bindt doch de schijn van besluit.

De schijn van constatering door de voorzitter dat door de vergadering een besluit is genomen, alhoewel de constatering niet heeft plaatsgevonden maar daarentegen het besluit wel is genomen, heeft geen bijzondere gevolgen. Het besluit kan met alle middelen worden bewezen.

Art. 2.1.8 is in beide leden van regelend recht ¹, zodat daarvan in de statuten kan worden afgeweken.

1. Van Zeben, p. 145.

III. Ongeldigheid van het besluit wegens strijd met de openbare orde en goede zeden

§ 1 INLEIDING

Betekenis van openbare orde

57. De bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders en van andere organen tot het nemen van besluiten is, ook binnen het kader van wet en statuten, niet onbeperkt. Een besluit, wat zijn wijze van tot stand komen en zijn inhoud betreft overeenkomstig de wet en de statuten, kan toch ongeldig zijn.

Het privaatrecht is niet tot de wet beperkt ¹, het gaat niet op in geschreven voorschriften. Bij de samenstellers onzer wetboeken heeft sterk de codificatie-gedachte geleefd, de opvatting dat zoveel mogelijk recht in de wet moest besloten liggen. Toch vindt men van de aanvang der codificatie af in het geschreven recht verwijzingen naar normen buiten dat geschreven recht, waaraan 's mensen handelen evenzeer onderworpen is. Ook de samenstellers onzer wetboeken zullen zich ervan bewust zijn geweest, dat het recht is gericht op verwerkelijking van de rechtvaardigheid en dat die verwerkelijking niet alleen langs nauwkeurig vastgelegde wegen mogelijk is. Naar tijd, plaats en overige omstandigheden zijn de betrekkingen tussen personen steeds wisselend.

Door verwijzing naar een begrip als bijv. goed huisvader (art. 1271, 1781 BW) heeft de wetgever aanstonds, zij het nog enigszins omljnd, normen van ongeschreven recht toepasselijk verklaard. Veel ruimer zijn verwijzingen naar goede zeden (art. 935, 1373, 1690 BW), openbare orde (art. 1373 BW), goede trouw (art. 1374 BW) en billijkheid (art. 1375 BW). De toepasselijkheid van ongeschreven recht op de rechtsbetrekkingen tussen personen is hiermee in vrij ruime omvang gegeven.

Toch hebben de samenstellers onzer wetboeken, ondanks de hiervoor ver-

1. Het publiekrecht evenmin, doch ik beperk mij in mijn beschouwingen tot het privaatrecht.

melde verwijzing naar ongeschreven recht, nog tamelijk legistisch gedacht. Het instituut van de cassatie, zoals dit in de aanvang heeft gewerkt, paste goed bij die codificatiegedachte; een rechterlijke uitspraak werd niet getoetst aan het recht, doch slechts aan de wet ¹.

Wanneer de Hoge Raad in 1897, 1914 en 1918 ² overeenkomsten aan de goede zeden toetst en derhalve de goede zeden als een rechtsgrond beschouwt, waarnaar ambtshalve door de rechter op grond van 48 Rv een onderzoek mag worden ingesteld, erkent hij toepasselijk recht buiten de wet nog slechts in gevallen waarin de wet daarnaar verwijst (art. 1373 BW). Een duidelijk ruimer standpunt neemt de Hoge Raad in 1919 in bij zijn bekende arrest *Lindenbaum/Cohen* ³. Daarin breidt immers de Hoge Raad zijn toetsingsrecht uit en acht voor onderzoek in cassatie vatbaar of in het algemeen een handeling in strijd met de goede zeden of de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid is. Daarmee wordt, zoals Van der Grinten ⁴ terecht concludeert, de eis aan een ieder gesteld, dat hij naar redelijkheid zal handelen. Toch heeft het nog tot 1964 geduurd voordat de Hoge Raad expressis verbis het recht zonder meer, en dus niet de wet of een bepaald terrein van het ongeschreven recht, tot toetssteen kon nemen ⁵.

Het beginsel dat besluiten ook aan andere voorschriften dan in wet en statuten neergelegd zijn gebonden, is thans geen probleem meer. Voorheen heeft men de theoretische fundering wel gezocht in theorieën als die van de *jura singulorum* en, vooral in Duitsland, die van de *Sonderrechte*, speciaal met betrekking tot statutenwijziging. Deze theorieën zijn achterhaald en zonder verdere betekenis ⁶. Normen van ongeschreven recht, waaraan de algemene vergadering van aandeelhouders bij haar besluitvorming is gebonden en waaraan besluiten mitsdien kunnen worden getoetst, worden ontleend aan de openbare orde, de goede zeden en de goede trouw.

58. *Kranenburg* ⁷ ontkent het bestaan van voorschriften van openbare orde of goede zeden die niet in de wet zijn uitgedrukt. De geschreven regels die voor de rechtsverwerking in een bepaalde maatschappij onontbeerlijk moeten worden geacht, die welke aan die bepaalde samenleving het eigenaar-

1. Asser-Scholten, *Algemeen Deel* 2e druk, p. 2.

2. 23 april 1897, W 6957; 27 maart 1914, NJ 1914, 659, W 9638; 15 feb. 1918, NJ 1918, 389, W 10250.

3. 31 jan. 1919 NJ 1919, 161, W 10365.

4. *Handelen te goeder trouw*, in *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr B. H. D. Hermesdorf*, 1965, p. 159.

5. Wet van 20 juni 1963, S 272. Zie in HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 inzake *I.A.M./Mante*.

6. *Uitvoerig hierover M. P. Vrij, Beperking der meerderheidsmacht in vereeniging en vennootschap door recht der leden*, diss. Amsterdam 1923. Zie ook Asser-Scholten, *Personenrecht*, 1e druk 1940, p. 138; Van der Grinten, NV 21, p. 157-158.

7. *R. Kranenburg, Eenige opmerkingen over het begrip publieke orde*, diss. Groningen 1895, p. 49 e.v.

dige immanente karakter harer rechtsverwerkelijking geven, vormen volgens hem de openbare orde. Hij erkent wel, dat er opvattingen kunnen zijn die meer dan vele wettelijke bepalingen tot verwerkelijking van het recht strekken, maar zolang die opvattingen niet in de wet zijn vastgelegd ontzegt hij daaraan gelding. 'Men gaat dan voorschriften van moraal vereenzelvigen met de wet.' Wel moet de moraal in de wet tot uitdrukking komen, maar zolang de wetgever daartoe niet is overgegaan, moeten de consequenties van een onvolledige of gebrekkige wetgeving worden aanvaard, zegt hij min of meer fatalistisch ¹. Met andere woorden, slechts het geschreven recht dwingt. Deze opvatting is wellicht verklaarbaar voor een tijd, waarin men nog sterk legistisch denkt, maar mag wel als inmiddels overwonnen worden beschouwd.

Aanvankelijk lijkt P. Scholten de openbare orde evenmin als bron van ongeschreven recht te aanvaarden. In 1907 schrijft hij immers ²: 'Strijdig met wet en goede zeden mag een wijziging (van de statuten) niet zijn, dit is voor de toekomst de eenige beperking. De wet zwijgt, bij ons is dus hier alleen van een mogelijke strijd met de goede zeden sprake. Gelijk elke rechtshandeling van private personen, mag ook deze niet in botsing komen met de ongeschreven regels, die men die der goede zeden noemt'. In zijn noot onder HR 20 april 1928, NJ 1928, 1371 inzake Elias/De Gavere spreekt hij echter wel van openbare orde en acht hij het daarmee in strijd een besluit te nemen dat onbillijk is tegenover schuldeisers van de n.v. In 1934 ³ noemt hij de openbare orde om aan te geven, dat aan een norm bijzonder gewicht toekomt. Of hij hiermee slechts doelt op een geschreven norm, is niet duidelijk. Waarschijnlijk verstaat hij er dan echter ook reeds ongeschreven normen onder, omdat hij daar openbare orde en goede zeden als synoniem ziet. In 1940 ⁴ spreekt hij zich positiever uit: 'Ongeldig zijn voorts de besluiten in strijd met de wet of met de ongeschreven rechtsbeginselen, de openbare orde en goede zeden'.

59. De term openbare orde mag niet worden gereserveerd voor bepalingen van ongeschreven recht. Handhaving van wettelijke voorschriften is ook een kwestie van openbare orde, zelfs als die voorschriften slechts zogenaamd aanvullend recht bevatten. De rechter past ambtshalve niet alleen dwingend recht toe, doch evenzeer aanvullend recht wanneer de betrokken personen voor enig punt niet zelf regels hebben gesteld. Handhaving en toepassing van aan-

1. Diss., p. 51. Het voorbeeld dat Kranenburg geeft, doet het onaanvaardbare van zijn opvatting duidelijk blijken. Wanneer een meerderjarige man zich verbindt om 23 uur per etmaal voor een ander te werken – toen nog niet door de thans geldende arbeidswetgeving geregeld – ontzegt hij de rechter de bevoegdheid een dergelijke afspraak onverbindend te oordelen; noch met de wet noch met een ongeschreven regel acht hij deze afspraak in strijd.

2. WPNR 1942.

3. Asser-Scholten, Algemeen Deel, 2e druk, p. 31-32.

4. Asser-Scholten, Personenrecht 1940, p. 140-141.

vullend recht, indien door de betrokkenen zelf geen regels zijn gesteld, is een eis van openbare orde. Deze eis is dwingend recht. Regels van openbare orde zijn steeds dwingend recht ¹.

Onder openbare orde versta ik de fundamenteën van de rechtsorde, de fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie ², het geheel van normen waarvan de inachtneming noodzakelijk is voor de rechtsverwerking in die maatschappelijke organisatie ³. De openbare orde betreft dat deel van het recht, dat op grond van de algemene belangen van de rechtsorde moet worden gehandhaafd, ook tegen de wil van de betrokken personen in. Deze fundamentele beginselen zijn deels vastgelegd in de wet, deels ongeschreven. Dat is begrijpelijk. Sommige oorspronkelijke gegevens van het rechtsbewustzijn betreffen zo duidelijk de hoogste rechtsgoederen der gemeenschap, dat iedereen de gelding daarvan accepteert zonder vastlegging, zelfs zonder dat men er maar aan denkt deze vast te leggen. Voorts heeft iedere rechtsgemeenschap voor ieder tijdperk eigen normen van openbare orde als logisch gevolg van de dynamiek van iedere gemeenschap. De wetgever loopt deels altijd achter. Ook voordat de wetgever die normen in de wet heeft vastgelegd, dienen deze te gelden. Het fatalisme van Kranenburg is niet meer van deze tijd.

Wanneer wordt verwezen naar de openbare orde wordt daar niet steeds het geheel van dwingende normen mee bedoeld. Diverse normen van openbare orde betreffen slechts een bepaald gedeelte van het dwingende recht, strekken slechts tot bescherming van bepaalde rechtsgoederen ⁴, maar steeds gaat het om dezelfde openbare orde. Voor een onderscheid tussen openbare orde in ruime en in enge zin lijkt mij dan ook geen plaats, hoogstens voor onderscheid in aspecten van dezelfde openbare orde ⁵, de openbare orde gezien tegen de achtergrond van voor het concrete geval geldende omstandigheden. Zo zie ik evenmin plaats voor een afzonderlijke vennootschappelijke (openbare) orde ⁶. In de n.v. gelden normen van dezelfde openbare orde, gezien tegen de achtergrond van de verhoudingen in het vennootschappelijk bestel.

Goedkeuring van statuten dan wel van wijziging daarvan wordt door het ministerie van justitie nogal eens geweigerd wegens strijd met de vennoot-

1. A. V. M. Struycken, Rechtsorde en openbare orde identiek?, *Ars Aequi* XV, p. 261 e.v.

2. Asser-Rutten II, p. 208; Van der Grinten, NV 45, p. 91.

3. Kranenburg, diss., p. 37-38.

4. Petit, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, diss. Leiden 1920, p. 61-62.

5. J. M. van Bemmelen, Openbare orde en demonstratievrijheid, NJB 1966, p. 1077 e.v. Anders A. D. Belinfante, Vrijheid van demonstratie, Serie bestuurskundige bouwstenen nr. 25, Samsom Alphen a/d Rijn 1966, p. 11; J. H. Smeets, Openbare orde, terminologie en betekenis, NJB 1966, p. 725 e.v.

6. Anders Maeijer, NV 42, p. 171 noot 48; Wery, NV 43, p. 64. Van der Grinten daarentegen lijkt te tenderen naar mijn opvatting in preadvies VBN, p. 16, waar hij schrijft: 'Deze vennootschappelijke orde vertoont een zekere verwantschap (met), of wellicht beter ligt in het verlengde van de openbare orde'.

schappelijke orde. Zo wordt niet toegestaan, dat voor ontslag van bestuurders meer dan tweederde der uitgebrachte stemmen nodig zijn, vertegenwoordigende meer dan de helft van het geplaatste kapitaal. De n.v. zou anders een structuur krijgen, die niet past in het maatschappelijk bestel. Mij lijkt echter, dat het hier veeleer gaat om strijd met de wet, althans het wettelijk systeem van de n.v. Dit systeem is nu eenmaal zo dat ontslag tot de competentie van de algemene vergadering behoort en dat een minderheid onderworpen is aan het oordeel van de meerderheid. Wanneer een zo grote meerderheid wordt vereist dat ontslag praktisch dikwijls moeilijk of wellicht zelfs onmogelijk is, wordt dit wettelijk systeem gefrustreerd. Er zou wel sprake zijn van strijd met de openbare orde, wanneer bijv. het statutaire doel een inbreuk op de fundamenten van onze rechtsorde zou beogen.

Wanneer ik spreek van openbare orde, bedoel ik slechts de ongeschreven normen daarvan; de geschreven normen daarvan zijn dwingende wetsbepalingen.

Betekenis van goede zeden

60. Openbare orde wordt veelal gecombineerd met goede zeden. In het algemeen verstaat men in het kader van het recht onder goede zeden het geheel van normen van de moraal, voorzover deze normen door de maatschappelijke samenleving als rechtsnormen worden aanvaard¹. De invloed van de moraal op het recht is reeds bij de codificatie van onze wetboeken in positieve en in negatieve zin gebleken. In positieve zin daar waar het recht de normen van de moraal tot geschreven rechtsregels heeft gemaakt (bescherming onmondigen en economisch zwakken, monogamie, alimentatieverplichtingen, plichten van een goed huisvader, art. 1271, 1781 lid 1 BW) en in negatieve zin daar waar het recht zijn sanctie weigert, ingeval deze sanctie wordt ingeroepen tot bescherming van handelingen of toestanden die door de moraal worden afgekeurd (art. 935, 1373, 1690 BW)². Niet alle regels van moraal zijn voor het recht relevant, met name niet die welke louter de innerlijke gesteldheid betreffen, doch slechts die waarin zich het ethische bewustzijn van de leden ener samenleving, gericht op verwerkelijking van de gerechtigheid, uitspreekt.

Dwingende handhaving en toepassing van die normen is voor de rechtsverwerkelijking noodzakelijk, desnoods tegen de wil van de betrokkenen in. De voor het recht relevante normen van de goede zeden zijn dan ook dwingend recht, deels geschreven deels ongeschreven. Wanneer ik spreek van goede zeden, bedoel ik slechts de ongeschreven normen daarvan; de geschre-

1. Petit, diss., p. 2; Asser-Rutten II, p. 423. Te ruim komt mij de omschrijving voor van Löwensteyn, diss., p. 188: 'complex van ongeschreven dwingende rechtsnormen'; te ruim, omdat deze omschrijving ook geldt voor goede trouw.

2. J. N. van der Ley, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, diss. Amsterdam 1899, p. 15-16; Petit, diss., p. 2.

ven normen daarvan zijn dwingende wetsbepalingen.

Het onderscheid tussen openbare orde en goede zeden is vaag. Elke handeling in strijd met een norm van het één heeft ook een aspect van strijd met een norm van het ander. Toch mag het onderscheid dogmatisch niet van de hand worden gewezen ¹. De normen van openbare orde richten zich meer op de onaantastbaarheid van de maatschappelijke ordening, op het gedrag ten opzichte van de gemeenschap als geheel; de normen van goede zeden bevatten meer ethische waarde-oordelen, richten zich meer op het gedrag jegens de individuele medemens ². Praktisch moeten zij echter als synoniemen worden beschouwd ³. Ik zal beide tezamen dan ook als één rechtsbron hanteren.

Openbare orde en goede zeden naast goede trouw

61. Naast de openbare orde en goede zeden fungeert de goede trouw als bron van ongeschreven recht. Een essentieel verschil is er niet, alhoewel de begrippen toch ook niet identiek zijn. Dit wil niet zeggen, dat ik zover ga als Van der Heijden ⁴. Hij identificeert de goede trouw van art. 1374 BW met de goede zeden van art. 1373 BW. Dit is in zijn algemeenheid niet juist. Zij zijn wel beide bronnen van ongeschreven recht, maar daarom nog niet identiek. Het onderscheid uit zich in gelding, werking en effect.

De voorschriften van openbare orde en goede zeden zijn van meer absolute gelding, die van goede trouw van meer relatieve. De eerste zijn meer algemene, abstracte normen, de laatste zien meer op de persoonlijke verhouding van de betrokkenen en de concrete situatie waarin zij zich bevinden. Bij toepassing van normen van openbare orde en goede zeden komt geen afweging van belangen van betrokkenen, toepassing van normen van goede trouw is belangenafweging. Aan normen van openbare orde en goede zeden zijn alle besluiten gelijkelijk onderworpen, terwijl de goede trouw voor iedere besluitvorming andere normen geeft, toegespitst op de concrete situatie ⁵.

Normen van openbare orde en goede zeden werken slechts corrigerend, in die zin dat hetgeen betrokkenen als tussen hen geldend hebben vastgesteld, gedeeltelijk of zelfs geheel terzijde kan worden gesteld. Normen van goede trouw werken ook helpend-interpreterend en aanvullend.

Bij strijd met de openbare orde en goede zeden is de rechtshandeling, het besluit, nietig; bij strijd met de goede trouw, vernietigbaar.

1. Asser-Rutten II, p. 208.

2. Petit, diss., p. 62-63; Struycken, *Ars Aequi* XV, p. 261.

3. Petit, diss., p. 63; Asser-Scholten, *Algemeen Deel* 2e druk, p. 32; Asser-Scholten, *Personenrecht* 1940, p. 140; Van der Grinten, NV 21, p. 224; Löwensteyn, diss., p. 188.

4. *Natuurlijke normen in het positieve recht*, rede Nijmegen 1933, p. 24.

5. Van der Grinten, NV 21, p. 227; N. Okma, *Misbruik van recht*, diss. Amsterdam 1945, p. 35, 109.

Positiefrechtelijke fundering

62. Men heeft wel een positiefrechtelijke fundering voor de gelding van normen van openbare orde en goede zeden gezocht in art. 14 Wet Algemene Bepalingen¹. Ik betwijfel of dit juist is. 'Door geen handelingen of overeenkomsten kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare macht ontnomen worden' houdt niet anders in dan dat de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, dwingend zijn. Dit mede te delen is wellicht overbodig van de wetgever, maar de wetgever zegt wel meer overbodigs². De openbare orde en goede zeden worden in art. 14 Wet AB niet als zelfstandige rechtsbron genoemd. Dat is echter wel het geval in art. 1373 BW: 'Eene oorzaak is ongeoorloofd, wanneer dezelve bij de wet verboden is, of wanneer dezelve strijdig is met de goede zeden, of de openbare orde'.

Van der Grinten³ legt nu art. 14 Wet AB in verband met art. 1373 BW ruim uit. In art. 14 Wet AB leest hij voor alle handelingen wat art. 1373 BW slechts voor overeenkomsten bepaalt. Wellicht geeft de parlementaire geschiedenis van art. 14 Wet AB en het in de Code Civil daarmee corresponderende art. 6 voor deze opvatting wel enige aanleiding⁴. Toch lijkt zo'n ruime uitleg mij niet te passen in het legisme waarmee de wetgever ten tijde van onze codificatie nu eenmaal sterk behept is geweest, en dat ook blijkt uit andere bepalingen van de Wet AB, zoals 3, 5, 11 en 12.

De vraag naar enige positiefrechtelijke fundering voor de gelding van normen van openbare orde en goede zeden is overigens niet van praktisch belang. Ook zonder die positiefrechtelijke fundering gelden zij.

Hoe manifesteren zich normen van openbare orde en goede zeden, hoe kent de rechter ze? Over diverse kwesties bestaan uitgebalanceerde, gevestigde en algemeen aanvaarde opvattingen. In sommige gevallen wordt echter niet eensluidend gedacht, terwijl door de dynamiek van de samenleving telkens nieuwe problemen rijzen waarover nog in het geheel geen opinie bestaat. Petit meent, dat het rechtsbewustzijn van de meerderheid der volksgenoten normatief dient te zijn, de rechtsopvatting die het midden houdt van de gezamenlijke in het rechtsleven geldende opvattingen⁵. Een dergelijk doorsneebegrip lijkt mij niet verkieslijk. Ik zou veeleer de voorkeur geven aan het inzicht van een weldenkende bovenlaag⁶, waarbij uiteraard rekening dient te worden gehouden met de opvattingen die speciaal onder beroepsgenoten leven zonder deze overigens normatief te laten zijn alleen omdat ze daar bestaan.

1. Petit, diss., p. 59-60; Van der Grinten, NV 21, p. 223.

2. BW (oud) art. 158, 160 lid 1, 161 lid 1; (nieuw) 158 1e volzin, 159 lid 1.

3. NV 21, p. 224.

4. Petit, diss., p. 57.

5. Diss., p. 47, 49.

6. Asser-Rutten II, p. 197.

Normen van openbare orde en goede zeden zijn rechtsnormen. Dit brengt mee, dat de rechter wordt geacht deze normen ambtshalve te kennen en toe te passen, art. 48 Rv, en dat in cassatie schending van deze normen kan worden onderzocht ¹.

§ 2 ONBEVOEGDHEID VAN HET ORGAAN

63. In hoofdstuk II paragraaf 1 heb ik uiteengezet dat een besluit in zijn inhoud ongeldig is (materiele ongeldigheid) wanneer het desbetreffende orgaan tot het nemen daarvan onbevoegd is, ofwel omdat geen enkel orgaan die bevoegdheid bezit ofwel omdat die bevoegdheid aan een ander orgaan toekomt. Bij inbreuk op de openbare orde en goede zeden is dit onderscheid echter niet te maken. Wanneer van die inbreuk sprake is, doet het er niet toe welk orgaan het besluit genomen heeft; het besluit is in alle gevallen ongeldig.

Besluiten in strijd met de openbare orde en goede zeden zullen zelden voorkomen. Dat is begrijpelijk, men keert zich nu eenmaal niet licht tegen de fundamentele beginselen onzer rechtsorde, en dat te minder wanneer zoals veelal bij besluitvorming meer personen bij dezelfde handeling zijn betrokken.

In strijd met de openbare orde en goede zeden is een besluit wanneer het tot strekking heeft inbreuk te maken op de fundamentele beginselen onzer maatschappelijke organisatie, of om met de openbare orde en goede zeden strijdige gevolgen mogelijk te maken, of wanneer het tot met de openbare orde en goede zeden strijdige prestaties verplicht ². Dit zou men ook nog kunnen zeggen van besluiten die tot objectieve strekking hebben de n.v. of aandeelhouders of derden te benadelen. Hier past echter reeds voorzichtigheid, omdat die strekking, die uitsluitende gerichtheid, zelden aanwezig zal zijn, meestal zal die benadeling een bijkomend gevolg zijn van andere oogmerken. Wanneer bijv. de houder van de meerderheid der aandelen een besluit doordrukt om het gehele actief te verkopen aan zich zelf, met de uitsluitende bedoeling de minderheid daardoor te benadelen, is het besluit strijdig met de openbare orde en goede zeden. Acht hij die verkoop echter in het voordeel van de n.v., terwijl hij daartoe niet had mogen overgaan bij enige serieuze overweging, dan is van zulke strijd geen sprake. Of het besluit dan inbreuk maakt op de goede trouw zal van meer omstandigheden afhangen.

64. Nogal eens is van strijd met de openbare orde en goede zeden gesproken,

¹ HR 23 april 1897, W 6957, 27 maart 1914, NJ 1914, 659, W 9638, 15 feb 1918, NJ 1918 389, W 10250, 15 jan 1932, NJ 1932, 285, W 12399; Meijers, WPNR 2565, p 75; Petit diss., p 22, 26, D J Veegens, Cassatie in burgerlijke zaken, 1959, p 161 en aldaar geciteerde jurisprudentie, Asser-Rutten II, p 188

² Van der Grinten, NV 21, p 224

terwijl iets anders werd bedoeld, althans van iets anders sprake was¹. Zo beperkte P. Scholten de toetsing van besluiten aan het ongeschreven recht tot normen van openbare orde en goede zeden, waardoor hij daarmee in strijd achtte wat in feite inbreuk op de goede trouw was². Wellicht heeft bij hem een zelfde overweging een rol gespeeld als bij Zeylemaker en Verdam³. Ook hij erkende immers de onjuistheid van de obligatoire visie met betrekking tot het besluit op een moment waarop de Hoge Raad de toetsing van het besluit aan de goede trouw nog op art. 1374 BW baseerde. Wanneer zich nu een geval van strijd met de goede trouw voordeed, moest hij wel naar een andere ongeldigheidsgrond zoeken om de indruk te vermijden dat hij, door van goede trouw te spreken, de obligatoire leer aanvaardde. Zo achtte hij het dan ook, in een noot onder HR 20 april 1928, NJ 1928, 1371 inzake Elias/De Gavere, in strijd met de openbare orde een besluit te nemen dat onbillijk is tegenover schuldeisers van de n.v., terwijl de Hoge Raad in dat arrest de ongeldigheid baseerde op de (aard van de onderwerpelijke overeenkomst en de) billijkheid. En in een noot onder HR 9 jan. 1941, NJ 1941, 528 inzake Willink/Ter Kuile, waarin een besluit ongeldig werd geoordeeld wegens strijd met de goede trouw, achtte hij het litigieuze besluit in strijd met de goede zeden. In beide gevallen was echter van strijd noch met de openbare orde noch met de goede zeden sprake.

Zo beschouwde voorts Van der Grinten de constructie die het bestuur van De Korenschoof NV in 1960 creëerde als strijdig met de openbare orde en goede zeden, waaraan dan uiteraard ook het besluit lijdt dat tot die constructie heeft gevoerd, terwijl ik daar eerder van inbreuk op de wet althans het wettelijke systeem en van de statuten zou spreken⁴. Het betrof het volgende geval.

Er werd, kennelijk door een stroman, een stichting opgericht, waaraan het bestuur in feite de gehele onderneming van de n.v. overdroeg. De bestuurders van de n.v. werden eveneens bestuurders van de stichting, mits zij door de algemene vergadering van aandeelhouders werden benoemd uit een bindende voordracht, opgemaakt door de vergadering van houders van prioriteitsaandelen der n.v. Het bestuur van de stichting kreeg het recht van coöptatie en kon zich derhalve zelf samenstellen. In deze constructie werd elke reële zeggensmacht aan houders van gewone aandelen ontnomen. Zij konden nog wel bestuurders en commissarissen ontslaan en nieuwe benoemen, maar dat zou vrij zinloos zijn omdat dezen toch niets konden uitrichten wanneer de houders van prioriteitsaandelen daar niet achter stonden. De n.v. had immers

1. Vergelijk de toelichting-Meijers op art. 3.2.7 nieuw BW, Staatsdrukkerij 1954, p. 190: 'Het is in strijd met de openbare orde zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt, zelfs als daarop niet als sanctie de nietigheid staat'. Ik zou daarentegen denken, dat men hier moet spreken van strijd met de wet.

2. Asser-Scholten, Personenrecht 1940, p. 140-141.

3. Hoofdstuk II, paragraaf 1.

4. Van der Grinten, NV 38, p. 173 e.v.

geen onderneming meer, die kreeg de stichting en daarin hadden de houders van gewone aandelen niets te zeggen. Daarmede werd inbreuk gemaakt op het wettelijk systeem, dat aan de aandeelhouders zekere onvervreembare rechten toekent.

Door deze constructie werd voorts het doel van de n.v. te enen male gefrustreerd. Het doel was namelijk: 'Het drijven van handel in graan en meel, het oprichten en exploiteren van meelfabrieken en het verrichten van alle handelingen, welke met voormeld doel in verband staan alsmede het oprichten van nieuwe vennootschappen, het deelnemen in en het ter leen verstrekken van gelden aan andere vennootschappen, alles in de meest ruime zin genomen'. Dit doel werd in feite door de overdracht van de gehele onderneming aan de stichting onbereikbaar, vooral omdat de n.v. geen enkele zeggenschap in de stichting kreeg. Deze frustrering van het doel der n.v. betekende inbreuk op de statuten.

65. In de jurisprudentie is regelmatig een beroep gedaan op strijd met de openbare orde en goede zeden, maar dat is wel verklaarbaar. De eisende partij, die de ongeldigheid van een besluit beweert, voert daartoe zoveel rechtsgronden aan als hij meent daarvoor maar in aanmerking te kunnen laten komen. Ik heb echter slechts één vonnis ontmoet, waarin inderdaad een besluit in strijd met de goede zeden werd geoordeeld, Rb. Haarlem 17 nov. 1931, NJ 1932, 205 en één waarin een besluit ongeldig werd geoordeeld wegens misbruik van meerderheidsmacht, waarmee de rechtbank strijd met de openbare orde en goede zeden kán hebben bedoeld, Rb. Arnhem 17 jan. 1946, NJ 1947, 280.

In het Haarlemse geval vorderde de curator van een failliete n.v. terugbetaling van de bestuurder van aan deze door de n.v., waarvan hij enig aandeelhouder was, toegekende sommen voor salaris en onkosten. De rechtbank nam aan, dat met de handelingen van de n.v. geen ander doel was nagestreefd dan de bestuurder en een vertegenwoordiger ten koste der crediteuren op onrechtmatige wijze te verrijken. Aan salaris en onkosten had de n.v. aan de bestuurder over elf maanden f 6600 toegekend, terwijl zijn prestaties zeer gering waren geweest. De rechtbank vond die toekenning in strijd met de goede zeden.

Ik acht dit dubieus. Een besluit tot toekenning van salaris aan een bestuurder heeft in het algemeen niet de strekking derden te benadelen, doch de bestuurder te belonen, hetgeen op zichzelf een geoorloofde strekking is. Blijkt die beloning, gezien de concrete omstandigheden, te hoog te zijn, dan kan er sprake zijn van inbreuk op de goede trouw, terwijl de mogelijkheid van een beroep op art. 1377 BW crediteuren ook gegeven is. Slechts wanneer uit de omstandigheden blijkt, dat dit besluit geen ander doel gehad kán hebben dan crediteuren te benadelen, zou ik strijd met de goede zeden willen aanvaarden.

In het door de Rb. Arnhem op 17 jan. 1946, NJ 1947, 280 berechte geval was de advocaat van de meerderheid der aandeelhouders tot commissaris benoemd, waardoor in de raad van commissarissen eveneens een meerderheid was ontstaan die de meerderheid van aan-

deelhouders gunstig gezind was. De rechtbank concludeerde daaruit dat bij de meerderheid van de aandeelhouders de opzet had voorgezeten zichzelf te bevoordelen, waaronder niet alleen financieel voordeel was te verstaan, en verklaarde de benoeming ongeldig wegens misbruik van meerderheidsmacht. Tevoren was, in navolging van HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360 inzake Baus/De Koedoe, overwogen dat misbruik van meerderheidsmacht aan de minderheid het recht zou kunnen geven vanwege strijd met de goede trouw of met de openbare orde en goede zeden de ongeldigheid van een besluit in te roepen.

Dit vonnis gaat mij zeker te ver. Stellig zou het van meer grootsheid hebben getuigd wanneer een boven het geschil tussen de aandeelhouders staande derde was benoemd. Maar ook al was die commissaris de meerderheid van de aandeelhouders gunstig gezind, dat bracht toch nog niet zonder meer mee dat hij haar belangen blind eenzijdig zou dienen. De commissaris had zich, naar zijn zeggen, zelfs uitdrukkelijk de volle vrijheid voorbehouden om zich als commissaris uitsluitend door het belang van de vennootschap te laten leiden. Eerst wanneer die benoeming geen ander doel gehad kón hebben dan de minderheid benadelen, zou van strijd met de openbare orde en goede zeden sprake zijn. Daarvan was echter niets gebleken. Ik zie er zelfs geen strijd met de goede trouw in ¹.

In een ander geval, Rb. Rotterdam 20 feb. 1911, W 9183, werd een besluit in strijd met de wet genoemd, doch daar was wellicht wel sprake van strijd met de openbare orde en goede zeden.

Een aandeelhouder maakte bezwaar tegen een liquidatiebesluit, waarbij een bestuurder tot liquidateur werd benoemd met machtiging de activa van de n.v. te realiseren, in dier voege dat voor elk aandeel 100% zou worden uitgekeerd onder aftrek van hoogstens 3% voor liquidatiekosten en eventuele overdrachtskosten, terwijl het besluit neerkwam op overgave tegen een vooraf bepaalde vergoeding van 100% van de handelsonderneming aan een deel, zij het ook een meerderheid, der aandeelhouders. De waarde der aandelen lag aanmerkelijk hoger dan 100%. Dit besluit, aldus de rechtbank, was in strijd met de wet, omdat aan de gelijkheid tussen de aandeelhouders afbreuk werd gedaan.

Indien zou komen vast te staan, dat het besluit uitsluitend gericht was op die overgave onder die voor de minderheid nadelige omstandigheden, zou sprake kunnen zijn van strijd met de openbare orde en goede zeden.

In diverse uitspraken werd een besluit niet in strijd met de openbare orde en goede zeden geoordeeld:

HR 11 feb. 1932, NJ 1932, 999:

Ontslag van een directrice was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, ook al was het besluit genomen om beweerdelijk persoonlijke motieven bij de andere aandeelhouders, terwijl de directrice zelf ook aandeelhoudster was. Het ontslag moest los gezien worden van de verhouding van de directrice als aandeelhoudster tot de andere aandeelhouders.

1. Van dit vonnis is geappelleerd, waarna hangende het appel het geschil is geregeld. De commissaris bleef, terwijl de advocaat van de minderheid tevens tot commissaris werd benoemd.

HR 14 dec 1932, W 12872 ¹:

Gehele reservering van de winst was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, nu de eigendom van een vierde deel der aandelen en het vruchtgebruik van het overige drievierde deel aan één persoon behoorde, die vóór stemde. Reservering, aldus de Hoge Raad, raakt slechts de belangen van hen, die volgens de statuten tot de winst gerechtigd zijn, doch daardoor kunnen niet worden geschaad de belangen van de n v zelf, noch haar crediteuren of andere derden, voor wie de instandhouding van het vermogen der vennootschap van waarde kan zijn.

HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360 inzake Baus/De Koedoe:

Benoeming van een beweerdelijk ondeskundige directrice en ontslag van een commissaris was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, nu geen sprake was van opzet bij de meerderheid om zichzelf of een derde onbillijk te bevoordelen dan wel de vennootschap of een derde te schaden.

Rb. Maastricht 6 okt. 1932, NJ 1933, 420

Benoeming van een beweerdelijk ondeskundige directeur (hij zou iedere technische kennis missen) was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, nu de doelmatigheid van het overigens volkomen geldige besluit tot het beleid van de algemene vergadering van aandeelhouders behoort en de rechter zich van een beoordeling daarvan heeft te onthouden.

Rb. Rotterdam 16 juni 1933, W 12667.

Besluit tot bijstorting op aandelen was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, nu de n v enigszins in moeilijkheden verkeerde en het besluit naar zijn aard geen andere strekking had dan de n v meer liquide te maken, ook al zouden bij een of meer besluitvormers bijoormerken hebben bestaan welke door persoonlijke belangen of die van derden werden ingegeven en waardoor op den duur de belangen der n v en haar aandeelhouders niet zouden zijn gediend terwijl de algemene vergadering van aandeelhouders altijd nog zou kunnen optreden.

Rb. Arnhem 17 jan 1946, NJ 1947, 280.

Schorsing van een directeur was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, ook al was die directeur een belangrijke minderheidsaandeelhouder en ook al was hij door de schorsing ernstig benadeeld, nu schorsing nodig was gezien de slechte verstandhouding tussen de beide directeurs, en niets was gebleken van opzet van de andere aandeelhouders om zichzelf onbillijk te bevoordelen of de geschorste directeur te schaden.

Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276:

Schorsing en ontslag van een directeur wegens ongeschiktheid was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, ook al had die directeur de grootst mogelijke minderheid der aandelen, nu niet gebleken was van de bedoeling om via het uitschakelen van die directeur voor de minderheid onbillijke besluiten te nemen.

Uit deze uitspraken blijkt, dat strijd met de openbare orde en goede zeden niet licht wordt aangenomen ². Het is niet te verwachten dat dit in de toekomst anders zal zijn. Een beroep op de goede trouw biedt meer mogelijkheden.

1. Belastingkamer. Niet te verwarren met HR 14 dec 1932, WPNR 3349.

2. Zie ook HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1 inzake de Gereformeerde Kerk te Houwerzijl.

§ 3 ONGELDIGHEID IN DE WIJZE VAN TOTSTANDKOMEN

66. In hoofdstuk II paragraaf 1 heb ik uiteengezet dat een besluit in zijn wijze van totstandkomen ongeldig is (formele ongeldigheid) wanneer een voldoende aantal geldige stemmen ontbreekt dan wel zich een ander gebrek in de totstandkoming voordoet.

Bij materiële ongeldigheid van een besluit wegens strijd met de openbare orde en goede zeden zijn automatisch ook de stemmen van de meerderheid ongeldig. Deze zijn dan immers uitgebracht met een ongeldige strekking. Omgekeerd is dat niet zonder meer steeds het geval. Ook al zijn er stemmen uitgebracht met een ongeldige strekking, dan is het besluit nog niet steeds ongeldig.

De motieven van de besluitvormers zijn voor de vraag of een besluit strijdt met de openbare orde en goede zeden rehtens slechts van invloed in zoverre zij naar buiten blijken. Indien de meerderheid van de besluitnemers bij de besluitvorming de innerlijke gezindheid heeft met het besluit een doel na te streven dat strijdig is met de openbare orde en goede zeden alhoewel de objectieve strekking van het besluit alleszins geoorloofd is, terwijl de besluitvormers die innerlijke gezindheid van elkaar niet kennen of redelijkerwijze kunnen kennen, moet het besluit vanwege die innerlijke gesteldheid niet als ongeldig worden beschouwd. Indien die ongeoorloofde bedoeling van de meerderheid voor de deelnemers aan die meerderheid wel kenbaar is, lijkt mij het besluit ongeldig. Dit zou ik evenzeer willen laten gelden wanneer slechts een zodanig gedeelte van de meerderheid die kenbare ongeoorloofde bedoeling heeft, dat bij ontbreken van de stemmen van dat gedeelte de vereiste meerderheid niet zou zijn bereikt.

Ondanks de verschillende bezwaren die overigens zijn aan te voeren tegen de formulering in het eerste Baus/De Koedoe-arrest van 13 feb. 1942, NJ 1942, 360¹, is wel aanvaardbaar dat de Hoge Raad aan de innerlijke gezindheid van de besluitvormers voor de vraag of er sprake is van strijd met de openbare orde en goede zeden consequenties verbindt. Uiteraard slechts voorzover die innerlijke gezindheid kenbaar is, met niet-kenbare gezindheid kan het positieve recht nu eenmaal geen rekening houden. De Hoge Raad overweegt in dit arrest onder meer, dat eerst dan sprake kan zijn van misbruik van meerderheidsmacht, welke aan de minderheid het recht zou geven vanwege strijd met de goede trouw of met de openbare orde en goede zeden de ongeldigheid van een besluit in te roepen, indien het besluit zou zijn genomen met de opzet hetzij zichzelf of een derde onbillijk te bevoordelen hetzij de vennootschap of een derde te schaden. Rb. Rotterdam 16 juni 1933, W 12667 acht daarentegen de motieven van de besluitvormers niet

Het besluit tot afscheiding van de meerderheid was niet in strijd met de openbare orde en goede zeden, nu ook de minderheid de mogelijkheid had uit te treden.

1. Onder meer het op één lijn stellen van goede trouw met openbare orde en goede zeden.

relevant. Dit is, als hiervoor uiteengezet, in zijn algemeenheid niet juist ¹.

Ongeldigheid van een besluit wegens een ander gebrek in de wijze van totstandkomen op grond van strijd met de openbare orde en goede zeden is moeilijk voorstelbaar en zal zich in de praktijk waarschijnlijk zelden of nooit voordoen.

§ 4 ONGELDIGHEID WEGENS STRIID MET DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IS NIETIGHEID

67. Een besluit dat zich keert tegen de fundamenteën van de rechtsorde behoort geen rechtsgevolgen te hebben, het wordt door het recht niet erkend en is nietig. De rechter dient deze nietigheid ambtshalve in acht te nemen. Dit is een van de verschillen met de goede trouw; inbreuk daarop leidt tot vernietigbaarheid ².

De ongeldigheid wegens inbreuk op de openbare orde en goede zeden wordt niet opgeheven doordat alle besluitvormers instemmen. Van der Grinten oordeelde in 1942 voor bepaalde besluiten anders ³. 'Bij de besluiten, die uitsluitend aandeelhouders betreffen, zal gewoonlijk de onzedelijkheid – behoudens het geval dat een in zich onzedelijke prestatie opgelegd wordt – opgeheven worden, wanneer alle aandeelhouders instemmen; het belang der n.v. en dat der aandeelhouders behoeft niet meer nagestreefd te worden, indien geen der aandeelhouders zulks wenscht'.

Deze opvatting roept reminiscenties op aan de contractuele visie met betrekking tot het besluit, doch past toch ook in die visie niet geheel. Een overeenkomst met een onzedelijke oorzaak blijft immers ongeldig, ook al stemmen de contracterende partijen met die onzedelijkheid in. Deze opvatting zou onder omstandigheden wel kunnen passen bij strijd met de goede trouw, nl. wanneer de inbreuk op de goede trouw slechts de verhouding tussen de besluitvormers onderling betreft.

Iets anders is, dat strijd met de openbare orde en goede zeden zelden zal voorkomen wanneer een besluit eenstemmig wordt genomen.

1. Okma, diss., p. 116.

2. Hoofdstuk VI, paragraaf 5.

3. NV 21, p. 225. Waarschijnlijk zal hij deze mening thans niet meer handhaven. In Handboek 8e druk, nr. 223 stelt hij dat strijd met de statuten niet wordt gedekt doordat het besluit is genomen met algemene stemmen in een vergadering, waarin het gehele kapitaal is vertegenwoordigd. A fortiori geldt dit voor strijd met de openbare orde en goede zeden.

IV. Ongeldigheid van het besluit wegens strijd met de wet

§ 1 INLEIDING

68. Onder wet wordt niet alleen verstaan een voorschrift van formele wetgeving, van door Koning en Staten-Generaal gezamenlijk uitgevaardigde regeling. Wet is hier in materiële zin bedoeld. Daaronder vallen dus ook koninklijke besluiten, houdende algemene maatregelen van bestuur, voorzover zij voldoen aan de hieronder te formuleren eisen van de Hoge Raad¹; voorts verordeningen van provincies, gemeenten, waterschappen en andere lichamen met verordenende bevoegdheid, alsmede verdragen die onmiddellijk de onderdanen van de staat binden². Kortom alle naar buiten werkende algemeen bindende regelingen, uitgevaardigd of bekrachtigd door het bevoegde openbaar gezag, dat die bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet. Het hier gehanteerde begrip wet is hetzelfde als van art. 99 Wet RO oud³.

De Hoge Raad heeft in verschillende arresten het voorheen in art. 99 Wet RO voorkomende begrip wet nader bepaald. Bij arrest van 1 maart 1918, NJ 1918, 440 overwoog hij dat onder wet in de zin van art. 99 Wet RO alleen kunnen worden begrepen naar buiten werkende algemene regelingen van het openbaar gezag, derhalve regelingen gericht tot een ieder.

In twee latere arresten, te weten van 10 juni 1919, NJ 1919, 647 en 10 juni 1919, NJ 1919, 650, is deze omschrijving verder uitgewerkt: naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte, algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent. In diverse latere arresten heeft de Hoge Raad deze maatstaven gehandhaafd, behoudens dat hij nadere eisen heeft gesteld voor het naar buiten werken, te weten afkondiging in enig voor publicmaking van regelingen van het staats-

1. Niet alle algemene maatregelen van bestuur voldoen daaraan. Zie hierover C. W. van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 7e druk 1962, p. 367-368, die daar enige voorbeelden noemt.

2. Vergelijk voor het begrip wet in art. 1373 BW Asser-Rutten II, p. 188-189.

3. Vóór de wet van 20 juni 1963, S 272, waarbij het begrip 'wet' in art. 99 Wet RO werd gewijzigd in 'recht'.

bestuur aangewezen orgaan, 26 jan. 1923, NJ 1923, 423 en latere arresten.

Een ministeriële verordening kan ook onder het begrip wetsvoorschrift vallen, mits die maar voldoet aan de hierboven vermelde door de Hoge Raad geformuleerde eisen ¹. Koninklijke besluiten, niet houdende algemene maatregelen van bestuur, vallen niet onder het begrip wet. Nog minder ministeriële mededelingen ². In 1908 ³ heeft de Hoge Raad, geheel terecht, zulks ook beslist ten aanzien van statuten en reglementen ener n.v.

Art. 5 lid 1 inleidende titel nieuw BW geeft – doch uitdrukkelijk slechts voor die titel – een omschrijving van het begrip wet in de hierboven bedoelde zin: ‘Onder wet wordt in deze titel verstaan ieder algemeen voorschrift, dat bindt uit hoofde van zijn vaststelling of bekrachtiging door de algemene Nederlandse wetgever of een ander daartoe bevoegd overheidsorgaan’. Volgens de toelichting-Meijers ⁴ vallen daar eveneens onder de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten of ondernemersovereenkomsten of standaardregelingen, die de sanctie van de overheid hebben verkregen. Voor mijn onderwerp zijn deze echter thans niet afzonderlijk van belang, omdat strijd daarmee is terug te voeren tot strijd met het wetsvoorschrift, waaraan zo’n overeenkomst of standaardregeling zijn bindende kracht ontleent ⁵.

Ik zou ook van een wettelijk voorschrift willen spreken, wanneer geen wettelijke bepaling rechtstreeks in het gegeven geval voorziet, doch wel een ge- of verbod is af te leiden uit aan een of meer wettelijke voorschriften ten grondslag liggende rechtsbeginselen. Vergelijk HR 4 maart 1960, NJ 1962, 6: de beginselen van het vennootschapsrecht. Lid 2 van art. 5 van de inleidende titel nieuw BW regelt dit thans uitdrukkelijk: ‘Toepassing van rechtsbeginselen die aan wetsvoorschriften ten grondslag liggen, geldt als toepassing van die voorschriften. Deze wijze van toepassing is slechts geoorloofd, wanneer de wet niet rechtstreeks in het gegeven geval voorziet’. Blijkens de toelichting-Meijers is deze bepaling slechts de vastlegging van de methode der analogische wetstoepassing, die in het burgerlijk recht als vorm van rechtsvinding reeds lang is erkend ⁶. Toepassing van aan wetsvoorschriften ten grondslag liggende rechtsbeginselen is analogische wetsinterpretatie en dus toepassing der wet ⁷. Is het verband met een of meer bepaalde wettelijke voorschriften niet aan te tonen, dan nadert men het terrein van het ongeschreven recht.

1. Uitvoeriger hierover J. M. C. van Driel, De ministeriële verordening, diss. Utrecht 1956, p. 99.

2. HR 15 maart 1946, NJ 1946, 181, waarbij een persbericht van de secretaris-generaal van een departement niet als bindend voorschrift werd beschouwd.

3. 11 dec. 1908, W 8778.

4. Staatsdrukkerij 1954, p. 25.

5. Art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst; art. 3 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

6. Staatsdrukkerij 1954, p. 26 en de daar vermelde jurisprudentie.

7. Asser-Scholten, Algemeen deel, 1e druk, p. 80 e.v.

In dit verband zou ik kunnen wijzen op het aan art. 1377 BW ten grondslag liggende beginsel, dat algemeen en niet tot het contractenrecht beperkt is. Dit kan ook blijken uit de plaatsing van dit rechtsbeginsel in boek 3 nieuw BW. Art 3.2.11 bepaalt – in wat duidelijkere bewoordingen dan art. 1377 BW – nl. in lid 1: ‘Wanneer een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten, dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn, kan iedere daardoor benadeelde schuldeiser deze rechtshandeling vernietigen, onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan’. In de toelichting-Meijers¹ wordt er terecht op gewezen dat plaatsing in boek 3 geschiedt, omdat het een vernietigingsgrond voor iedere vermogensrechtelijke rechtshandeling bevat. Aangezien een besluit mij een vermogensrechtelijke rechtshandeling lijkt, is dit artikel derhalve op een besluit van toepassing. Ik meen, dat dit ook als reeds thans geldend recht moet worden aanvaard².

Ik heb slechts het oog op Nederlandse wettelijke voorschriften³. De complicaties, die toepassing van buitenlandse wettelijke voorschriften zouden meebrengen, laat ik buiten beschouwing.

69. Theoretisch zou onderscheid gemaakt kunnen worden tussen wettelijke voorschriften die het nemen van het besluit en die welke het gevolg daarvan verbieden. Het enige duidelijke voorbeeld van de eerste mogelijkheid dat ik heb kunnen vinden is het niet meer van kracht zijnde *Besluit beperking rechtsverkeer* van 1944, dat in art. 1 verbood: ‘een overeenkomst aan te gaan of een handeling te verrichten met betrekking tot . . . effecten of rechten daarop’. Een besluit tot uitgifte of intrekking van aandelen was zo’n handeling en viel onder deze bepaling. Het onderscheid lijkt mij echter van weinig of wellicht geen praktisch belang. Wanneer de wet een handeling verbiedt, gebeurt dat om de gevolgen van die handeling te vermijden.

§ 2 ONBEVOEGDHEID VAN HET ORGAAN; GEEN ENKEL ORGAAN BEVOEGD

Inbreuk op het gemene recht

70. Inbreuk op wettelijke bepalingen uit het gemene recht doet zich met betrekking tot besluiten zelden voor, behoudens ten aanzien van het derde boek BW en dan in het bijzonder art. 1377⁴.

Wanneer door een besluit de waarborg voor crediteuren wordt verminderd,

1. Staatsdrukkerij 1954, p. 193.

2. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 11.

3. Vergelijk met betrekking tot art. 1373 BW: Hofmann-Van Opstall I, p. 377 en Asser-Rutten II, p. 189.

4. En in geval van faillissement het daarmee samenhangende art. 42 F.

wanneer wordt besloten alle winst te reserveren in strijd met bepalingen van winstbewijzen, wanneer een bij besluit eenmaal vastgestelde winst bij een later besluit wordt verminderd alhoewel derden uit hoofde van het eerste besluit aanspraak hebben verkregen op een deel van die winst, worden derden benadeeld. Art. 1377 BW en het daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginsel kunnen onder omstandigheden hulp bieden. In de praktijk ziet men ten aanzien van besluiten niet dikwijls dit artikel gehanteerd, omdat men veelal met een beroep op de goede trouw meer mogelijkheden heeft. Art. 1377 BW stelt meer eisen.

Onder derden kunnen hier worden verstaan pandbriefhouders, obligatiehouders, tantiëmist, handelscrediteuren, werknemers, enz. Bestuurders en commissarissen kunnen onder omstandigheden ook als derden tegenover de n.v. komen te staan. Weliswaar nemen zij als orgaan deel aan het vennootschappelijk verband, doch voor wat hun rechten op salaris en tantième betreft staan zij gelijk met andere crediteuren.

71. Terugbrengen van aandelen op een lagere waarde kan derden in hun rechten schaden. Over zulk een casus heeft de Hoge Raad bij arrest van 20 april 1928, NJ 1928, 1371 inzake Elias/De Gavere te oordelen gekregen.

In 1902 werd opgericht de NV Generale Credietbank. Op de aandelen werd aanvankelijk slechts 10% en later nog 5% gestort. In 1910 werd door de algemene vergadering besloten de aandelen nominaal in waarde te halveren, waardoor dus ook het obligo per aandeel werd gehalveerd. Inmiddels waren in 1904 pandbrieven uitgegeven. In 1918 faillieerde de n.v. Voor concurrente crediteuren bleek slechts 10% beschikbaar te zijn. De curator stelde zich op het standpunt, dat door de statutenwijziging van 1910 de crediteuren, en met name de pandbriefhouders, waren benadeeld, immers de mogelijkheid van verhaal hunner vorderingen was verminderd. Hij betwiste dus de geldigheid van de statutenwijziging van 1910.

Rechtbank en hof oordeelden het besluit inderdaad ongeldig. Het hof voerde daartoe twee argumenten aan: 1. strijd met het uit art. 40 lid 2 en 43 (oud) K blijkende systeem der wet, en 2. strijd met de verkregen rechten der pandbriefhouders, aan wie bij de uitgifte der pandbrieven was te kennen gegeven dat tot de als waarborg hunner vordering strekkende activa der n.v. onder meer behoorden het niet-volgestorte deel van de uitgegeven aandelen, welke waarborg door het besluit was verminderd. De Hoge Raad bevestigde het arrest van het hof, doch op andere grond. De aard van de onderwerpelijke overeenkomst tussen de n.v. en pandbriefhouders alsmede de billijkheid brachten mee, dat de pandbriefhouders niet het risico behoeften te dragen van een door de n.v. getroffen statutenwijziging, welke de verplichting tot volstorting op de aandelen beperkend ten voordele van de deelnemers in de vennootschap zelf de waarborg verminderde die bij het aangaan der overeenkomst de statuten aan de pandbriefhouders boden en welke deze bij het nemen der pandbrieven voor ogen hadden. De pandbriefhouders waren hierdoor benadeeld. De statutenwijziging was te hunnen opzichte ongeldig.

De Hoge Raad heeft hier de ongeldigheid van het besluit niet uitdrukkelijk op art. 1377 BW of 42 F doen steunen, doch op de overeenkomst van de n.v. met de pandbriefhouders en de billijkheid. Niet uitdrukkelijk, doch ongetwijfeld heeft de Hoge Raad in deze zaak op grond van de billijkheid en de

aard van de overeenkomst het aan art. 1377 BW ten grondslag liggende rechtsbeginsel toegepast, doch zulks niet uitdrukkelijk kunnen doen omdat aan alle eisen van art. 1377 BW niet was voldaan. Bedacht dient te worden dat de Hoge Raad eerst op 23 dec. 1949, NJ 1950, 262 de leer van de middellijke benadeling heeft aanvaard, d.w.z. dat het niet nodig is dat de handeling onmiddellijk wanneer zij geschiedt benadeling tengevolge heeft; voldoende is dat op het ogenblik waarop de crediteur zijn recht doet gelden dat nadeel aanwezig is ¹.

Deze casus heeft zich afgespeeld vóór de wet van 1928. Statutenwijzigingen als deze worden thans beheerst door de speciale regeling van de art. 41c t/m 41g K. Deze artikelen bieden de mogelijkheid dat derden tijdig van de voorgenomen wijziging op de hoogte raken en tegen die wijziging kunnen opkomen.

Ongeldig wegens aantasting van winstrechten werd een aandeelhoudersbesluit geoordeeld door Rb. Amsterdam 23 nov. 1925, NJ 1926, 526.

Een commissaris vorderde een hem volgens de statuten toekomend winstaandeel. De n.v. beriep zich op een later besluit, waarbij de eerder vastgestelde winst alsnog geheel was gereserveerd. De rechtbank vond dit een ongeoorloofde inbreuk op een verkregen recht: 'dat in het algemeen, als eenmaal een balans en winst- en verliesrekening door de algemeene vergadering van aandeelhouders is vastgesteld en goedgekeurd, een latere vergadering van aandeelhouders daarin geen wijziging vermag te brengen of daartoe strekkende daden van de directie kan goedkeuren, en evenmin in staat is om aan degenen, die krachtens de goedgekeurde balans en winst- en verliesrekening rechten kunnen doen gelden op een uitkering, die rechten te ontnemen, tenzij met medewerking van alle belanghebbenden, geene uitgezonderd, waarvan in casu geen sprake is, nu eischer daartoe op die latere vergadering zijn medewerking niet heeft kunnen verlenen en ook niet verleend heeft'.

In vergelijkbare zin besliste Rb. Breda 16 maart 1926, NJ 1926, 1201, bevestigd door Hof 's-Hertogenbosch 11 okt. 1927, NJ 1928, 1294.

De Tilburgse Hypotheekbank had pandbrieven aan toonder geplaatst. De statutaire bepaling, dat tot aflossing alle gelden werden besteed die door debiteuren van de bank werden betaald tot kwijting van het kapitaal hunner hypothecaire schuld, werd gewijzigd in dier voege dat de aflossing werd beperkt door de clause 'voorzoverre die (van debiteuren ontvangen gelden) niet weder tot het sluiten van nieuwe hypothecaire leningen worden bestemd'. Na deze wijziging gingen er pandbrieven over op nieuwe eigenaars, die hun betwisting van de geldigheid van de statutenwijziging door de rechtbank zagen erkend. De rechtbank overwoog, dat in de verbintenis tussen de pandbriefhouders en de bank door deze niet eenzijdig wijziging mocht worden gebracht.

In vergelijkbare zin besliste eveneens Rb. Haarlem 19 jan. 1932, NJ 1932, 1235.

Het besluit, dat de op oprichtersbewijzen vervallen dividenden zouden worden gebezigd voor afschrijvingen en reserveringen, kon geen inbreuk maken op verkregen rechten van

1. Hofmann-Van Opstal I, p. 453.

houders van oprichtersbewijzen, die tegenover de n.v. als derden behoorden te worden aangemerkt.

In vergelijkbare zin besliste tenslotte ook Rb. Maastricht 1 dec. 1960, NJ 1962, 152.

Smeets had als directeur recht op 15% van de winst. Bij besluit van de algemene vergadering werd deze winst vastgesteld en Smeets kreeg zijn 15% uitgekeerd. Bij later besluit werd het eerdere besluit herroepen, althans buiten effect gesteld met terugwerkende kracht tot de datum van het eerdere besluit, en werd de winst alsnog lager vastgesteld. De n.v. vorderde een deel van het reeds aan Smeets uitgekeerde terug. De rechtbank vond ook dit een ongeoorloofde inbreuk op een verkregen recht: 'dat de vaststelling van de rekening waartoe geldig is besloten eens en voor altijd de daaraan te ontleen rechten en plichten bepaalt, en dat, mocht later al blijken dat bepaalde afschrijvingen onjuist zijn geschied, dit op zichzelf nog geen bevoegdheid tot herrekening geeft, kunnende de verkregen rechten uit een vastgestelde rekening niet door een later besluit van de algemene vergadering tot wijziging van die rekening worden veranderd dan met medewerking van alle belanghebbenden, waaronder ook derden-tantiëmist zijn begrepen'.

In deze gevallen zou een beroep op de goede trouw hetzelfde resultaat hebben moeten opleveren. Minder succesvol was de houder van winstbewijzen die de geldigheid van een ontbindingsbesluit bestreed op deze grond, dat door dat besluit voor hem het recht was verloren gegaan om jaarlijks in de winst te delen. De Rb. Amsterdam 2 dec. 1921, NJ 1922, 714 meende echter, dat voor ontbinding niet de toestemming nodig was van houders van winstbewijzen, tenzij hun dat uitdrukkelijk was toegekend; daar dat niet het geval was, hadden zij slechts recht op een aandeel in de winst zolang de vennootschap bestond. Dat betekent, dat indien die toekenning bij de uitgifte van de winstbewijzen of bij een later besluit was gedaan, passering hun de mogelijkheid van een beroep op art. 1377 BW had gegeven. Overigens is te verdedigen dat zo'n besluit, ook indien zulk een toekenning niet is gedaan, onder omstandigheden ongeldig kan zijn wegens strijd met de goede trouw.

Inbreuk op het vennootschapsrecht

72. Ongeldig zou zijn een besluit tot persoonlijke aansprakelijkheid der aandeelhouders voor hetgeen in naam der n.v. wordt verricht, art. 36 K; tot het opleggen van verplichtingen op aandeelhouders uitgaande boven de stortingsplicht, art. 38b K; om aan sommige aandelen meer of minder rechten te verbinden dan aan andere, art. 39d, 44b en 56 K. Gelijkheid tussen de aandeelhouders – behoudens bijzondere regelingen in de statuten – is een belangrijk beginsel in het vennootschapsrecht. In de oude wet was dit niet zo uitdrukkelijk geregeld, in boek 1 titel 3 afdeling 3 kwam tot de wetswijziging van 1928 geen bepaling van dien aard voor. De art. 1670 en 1689 BW moesten tot die tijd hulp verlenen. In de huidige wet wordt die gelijkheid in verschillende

artikelen geregeld, zowel tijdens het voortbestaan van de n.v. als bij liquidatie, art. 39d, 44b en 56 K. Deze bepalingen vindt men ook terug in het nieuwe BW, art. 2.3.2.11, 2.3.4.12 en 2.3.6.3.

Inbreuk op dit gelijkheidsbeginsel betrof HR 27 nov. 1924, NJ 1925, 190. De aandeelhoudersvergadering besloot, dat op de op naam van een bepaalde aandeelhouder staande aandelen geen dividend zou worden uitgekeerd. Dat dit niet houdbaar was, behoeft nauwelijks betoog. In hoofdstuk III paragraaf 2¹ heb ik gewezen op Rb. Rotterdam 20 feb. 1911, W 9183, als een geval waarin een besluit ongeldig werd geoordeeld wegens strijd met de wet omdat aan de gelijkheid tussen de aandeelhouders afbreuk werd gedaan, maar waar wellicht zelfs sprake zou kunnen zijn van strijd met de openbare orde en goede zeden.

Aantasting van het karakter van een aandeel middels statutenwijziging, bijv. ontneming van preferente rechten, kan onder omstandigheden geoorloofd zijn. Aan de goede trouw zal moeten worden getoetst waar de geoorlooftheid in ongeoorlooftheid overgaat². Beslist te ver gaat het, wanneer aan een aandeelhouder zonder zijn instemming zijn aandeelhouderschap wordt ontnomen, Rb. Alkmaar 23 nov. 1950, NJ 1951, 510. Daarvoor is wellicht niet een bepaald wetsartikel aan te wijzen, de ongeoorlooftheid steunt toch in ieder geval op een algemeen aan afdeling 3 van boek 3 titel 1 K ten grondslag liggend beginsel.

Ongeldig zou voorts zijn een besluit tot vaststelling van de balans, wanneer daarin niet zijn opgenomen de posten als vermeld in art. 42 lid 3 K, uiteraard slechts voorzover dit lid krachtens art. 42c K op de vennootschap van toepassing is. Zie ook art. 40c K. Rb. Amsterdam 1 feb. 1940, NJ 1940, 796 achtte dan ook een besluit tot vaststelling van een balans ongeldig, omdat daarin niet een vordering op assuradeuren was verwerkt, art. 42 lid 3 sub e K.³

73. Een besluit tot verwerving door de vennootschap van niet-volgestorte aandelen in haar maatschappelijk kapitaal is ongeldig, art. 41a lid 1 K. Eveneens van volgestorte aandelen, indien voor die verwerving in de statuten geen regeling is getroffen, lid 2.

De winst komt krachtens art. 42d K de aandeelhouders ten goede; ook indien deze gering is, de wet kent immers geen beperking. Een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders der Amsterdamsche Bank N.V. om het winstsaldo over 1931 niet uit te keren wegens de geringheid daarvan, neerkomend op f 0,92½ op een aandeel van f 200, en het saldo over te boeken op nieuwe rekening, werd dan ook door Ktr. Amsterdam 19 dec.

1. Nr 65.

2. Ongeoorloofd geacht door Hof Arnhem 24 april 1917, NJ 1917, 634, beroep in cassatie verworpen door HR 25 jan. 1918, NJ 1918, 279.

3. In de 7e druk van het Handboek, nr. 224 noot 2 betwijfelt Van der Grinten de juistheid van dit vonnis.

1932, NJ 1933, 42 ongeldig geoordeeld op grond van art. 42d K¹. In de statuten kan een voorziening worden getroffen dat de algemene vergadering van aandeelhouders een gedeelte van de winst aan anderen dan aan aandeelhouders zelf kan doen toekomen. Het departement staat echter niet een statutaire bepaling toe, dat aandeelhouders geheel van het genieten van winst zouden zijn uitgesloten.

Krachtens art. 51 K is de algemene vergadering bevoegd iemand aan te wijzen teneinde de n.v. te vertegenwoordigen bij tegenstrijdig belang met een bestuurder. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid geldt niet algemeen doch slechts voor bepaalde gevallen. Het instellen door de algemene vergadering van een niet in de statuten geregelde bestuurscommissie met alle bevoegdheden van de algemene vergadering, kent de wet echter niet. Terecht bestreed dan ook een bestuurder, die door zulk een commissie op staande voet werd ontslagen, de geldigheid van het besluit waarbij die commissie werd ingesteld, Hof 's-Gravenhage 27 juni 1951, vermeld in HR 7 dec. 1951, NJ 1952, 566².

De artikelen 52a en 52b K onthouden de algemene vergadering de macht om iemand, die krachtens de statuten geen bestuurder is, een opdracht tot medebestuur te geven die naar tijdsduur en omstandigheden onbeperkt is. Art. 52a K spreekt immers van 'voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden' en 52b K van 'bepaalde' bestuurshandelingen. Een besluit van de algemene vergadering, dat de bestuurder voortaan voor alle bestuurs- en beheersdaden, geen uitgezonderd, de schriftelijke medewerking van de commissaris nodig had, werd dan ook door Ktr. Amsterdam 23 nov. 1932, NJ 1934, 33 ongeldig geoordeeld wegens strijd met deze artikelen.³ Een dergelijk vereiste kwam er immers op neer, dat in feite de commissaris een onbeperkte opdracht tot medebestuur verkreeg.

74. In hoofdstuk II paragraaf 1 heb ik reeds uiteengezet dat naar mijn mening détournement de pouvoir geen inbreuk op de goede trouw doch op de wet of de statuten is, immers gebruik maken van een wettelijke of statutaire bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die is gegeven. Ik heb daar twee gevallen uit de jurisprudentie behandeld, HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434 inzake Scholten's Aardappelmeelfabrieken en Rb. Arnhem 22 sept. 1967, NV 45, p. 125 inzake de Veenendaalsche Stoomspinnerij en Weverij. In beide gevallen werd door commissarissen van een statutaire emissiebevoegdheid gebruik gemaakt in strijd met de strekking van die bevoegdheid. Ik achtte

1. De kantonrechter achtte ook strijd met de statuten aanwezig. Hij erkende, dat de statuten redelijk moesten worden verstaan en nageleefd, maar vond de redelijkheid niet aan uitkering van een dividend van f 0,92½ op een aandeel van f 200,— in de weg staan.

2. De Hoge Raad kwam aan cassatie op dit punt niet toe wegens gemis aan feitelijke grondslag.

3. De kantonrechter achtte ook strijd met de statuten aanwezig, omdat deze voorschreven dat de n.v. slechts door één bestuurder en door hem alleen — zij het onder toezicht — werd bestuurd.

de daartoe strekkende besluiten daarom ongeldig wegens inbreuk op de statuten. Gelijke ongeldigheid doet zich voor, wanneer de bevoegdheid op de wet steunt. Een besluit van de algemene vergadering tot oprichting van een dochter-n.v. met de enkele strekking de controle van individuele aandeelhouders op de handelingen van het bestuur in die dochter te frustreren, zou stellig in strijd zijn met de wet. De constructie van het bestuur van De Korenschoof N.V. lijkt mij eveneens strijdig met de wet ¹.

In de in deze paragraaf behandelde gevallen was niet alleen de algemene vergadering van aandeelhouders tot het nemen van die besluiten onbevoegd, doch ieder orgaan.

§ 3 ONBEVOEGDHEID VAN HET ORGAAN; EEN ANDER ORGAAN BEVOEGD

Wettelijke bevoegdhedenverdeling tussen organen

75. De grenzen der bevoegdheden van de algemene vergadering, het bestuur en de raad van commissarissen zijn in de wet in grote lijnen getrokken; van andere organen is niets geregeld ². Art. 43 K laat alleen de mogelijkheid van het bestaan van andere organen open: '... alle bevoegdheid, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend'. Volgens de contractuele visie op de n.v. werd de aandeelhoudersvergadering beschouwd als het hoogste orgaan in de n.v., eigenlijk zelfs als het enige orgaan, waarvan de andere hun bevoegdheden afleidden. De onhoudbaarheid van deze visie heb ik in hoofdstuk I paragraaf 1 uiteengezet. De autonomie van het bestuur is thans geen probleem meer.

Aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn diverse bevoegdheden uitdrukkelijk opgedragen, bijv. in art. 42, 42a, 45, 48, 48b, 49 lid 2, 50c lid 1, 50d, 51, 51a lid 2, 55 K, terwijl art. 43 K tenslotte meer algemeen aan haar, binnen de door wet en statuten getrokken grenzen, alle bevoegdheden verleent die niet aan andere organen toekomen. De bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering zijn te onderscheiden in a. kernbevoegdheden, b. andere niet-overdraagbare, c. wel overdraagbare, en d. overige niet nader in de wet geregelde bevoegdheden. De kernbevoegdheden betreffen de grondslagen van het samenwerkingsverband, het belangrijke kader van het vennootschapsrecht, te weten benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders c.q. vereffenaars en commissarissen, vaststelling van de jaarrekening, statutenwijziging en ontbinding ³. Deze kernbevoegdheden zijn krachtens art. 37d K

1. Nr. 64.

2. G. H. A. Grosheide en A. M. Vroom, *Machtsverhoudingen in naamloze vennootschappen*, preadvies BCN 1959.

3. Behoudens het bepaalde in art. 50c lid 2 en 50d lid 1 K.

niet overdraagbaar aan enig ander orgaan. Een statutaire bepaling van dien aard – indien al aan het wakend oog van het departement ontsnapt! – zou ongeldig zijn.

Behalve deze kernbevoegdheden bezit de aandeelhoudersvergadering nog andere niet-overdraagbare bevoegdheden, die echter van minder belang zijn en in de praktijk ook zelden of nooit tot kwesties aanleiding geven. Daaronder zijn te rekenen de verlenging van de termijn van acht maanden krachtens art. 42 lid 1 K; benoeming van een deskundige krachtens art. 42a K; aanwijzing van een aandeelhouder als derde krachtens art. 48d en 51d K; oplegging aan het bestuur van de verplichting om het jaarverslag schriftelijk uit te brengen krachtens art. 49 K; aanwijzing van een persoon ter vertegenwoordiging van de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang krachtens art. 51 K; en opheffing van de schorsing van een bestuurder krachtens art. 51a K dan wel van een vereffenaar krachtens art. 55d K.

Een uitdrukkelijk in de wet geregelde wel overdraagbare bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering is de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders, art. 48c K. Niet uitdrukkelijk in de wet geregeld zijn de bevoegdheden tot emissie van aandelen, verwerving van eigen aandelen en intrekking van aandelen. Maar, zoals ik in hoofdstuk I paragraaf 1 heb uiteengezet, komen deze bevoegdheden de aandeelhoudersvergadering toe krachtens art. 43 K en het systeem van de wet ¹. De overdracht van deze bevoegdheden kan alleen in de statuten geschieden. Tenslotte kunnen in de statuten nog bijzondere bevoegdheden aan de algemene vergadering worden toegekend, die eveneens aan andere organen kunnen worden gegeven. Zo treft men wel de bepaling aan, dat de overdracht van aandelen dan wel een bepaalde bestuurs-handeling de goedkeuring van de algemene vergadering behoeft.

Krachtens art. 47 K komt aan het bestuur – behoudens beperkingen in de statuten – het besturen van de zaken, het beheer van het vermogen en de vertegenwoordiging in en buiten rechte. In verschillende artikelen wordt de taak van het bestuur nader bepaald, zoals het opstellen van de balans en winst- en verliesrekening in art. 42 K, bijeenroeping van de algemene vergadering in art. 43b K, en het uitbrengen van een verslag bij de aanbieding van de balans en winst- en verliesrekening in art. 49 K. In de statuten kunnen beperkingen worden aangebracht op de bevoegdheid van het bestuur, mits die bevoegdheid en daardoor de functie niet zodanig worden geminimaliseerd, dat van een volkomen uitholling sprake is.

De statuten dienen het wezen van het bestuur niet aan te tasten. Ik zou denken, dat aan het bestuur steeds een minimum van de drie in art. 47 K genoemde deeltaken moet blijven. De moeilijkheid is dit minimum nader te begrenzen. Het departement staat een statutaire bepaling toe, dat het bestuur gehouden is te handelen naar de instructies van de algemene vergadering of

1. Van der Grinten, NV 46, p. 122 voor wat emissie betreft.

van commissarissen¹. Het keurde zelfs een bepaling goed, dat het bestuur verplicht was te handelen volgens aanwijzingen door de raad van commissarissen te geven omtrent de algemene lijnen van het te volgen financieel, sociaal en economisch beleid en van het personeelsbeleid in de vennootschap². Dit gaat wel erg ver en kan een volkomen ondergraven van de zelfstandigheid van het bestuur inhouden. Geen bevoegdheden zullen toch aan het bestuur mogen worden ontzegd, die in het kader van een normaal bedrijfsbeheer noodzakelijk zijn. Dit kader kan echter bij onderscheiden vennootschappen nogal verschillen. Dit betekent, dat in het algemeen moeilijk zo niet onmogelijk de grenzen kunnen worden aangegeven van het wettelijk minimum aan bevoegdheden, dat onvervreemdbaar aan het bestuur toekomt.

Het bestuur moet worden onderscheiden van de afzonderlijke bestuurders. Van het bestuur wordt gesproken o.a. in de art. 39 lid 1 en 3, 42, 42c, 43b, 43c, 45c lid 2, 47, 48e, 49, 53d lid 1 en 55d lid 1 en 3 K. Van bestuurders wordt gesproken o.a. in de art. 36f, 36g, 39b lid 1, 44a lid 3 en 4, 45e lid 1, 47a, 47b, 47c, 47d en 55d lid 2 K. Slechts die handelingen, waartoe de wet iedere bestuurder op zich bevoegd verklaart, kunnen door een bestuurder zonder medewerking van de overigen verricht worden. Indien van het bestuur wordt gesproken dient, indien er meer bestuurders zijn, daaronder het college van bestuur te worden verstaan³, tenzij de statuten dit anders regelen, heette veelal het geval is.

De taak van de commissaris wordt slechts incidenteel geregeld, zoals: bijeenroeping van de algemene vergadering, art. 43b K; een raadgevende stem in de algemene vergadering, art. 44a lid 3 K; vertegenwoordiging van de n.v. bij tegenstrijdig belang met bestuurders, art. 51 K; schorsing van een bestuurder, art. 51a K; benoeming en ontslag van een deskundige, art. 51b K. Slechts de bevoegdheden krachtens de art. 44a lid 3 en 51b K komen de commissarissen onvervreemdbaar toe. Overigens moeten de statuten de taak (nader) omschrijven.

Forumbankarrest

76. Het treden op het terrein van de ander leidt in beginsel tot ongeldigheid van het besluit, ongeacht of de bevoegdheid statutair al dan niet kan worden overgedragen. In het Forumbankarrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 heeft de Hoge Raad duidelijk de onderscheiden organen naar hun eigen terrein verwezen. Het daarin behandelde geval betrof weliswaar een inbreuk op de statuten, maar de overweging geldt evenzeer bij inbreuk op de wet.

1. Handboek nr. 237, alwaar een dergelijke bepaling in strijd met de wet en daarom nietig wordt geoordeeld.

2. NV 38, p. 31 nr. 21.

3. Meijers in noot onder HR 6 april 1936, NJ 1936, 1045.

Het bestuur en de voltallige raad van commissarissen hadden ernstige bezwaren tegen inkoop van een groot pakket eigen aandelen van twee aandeelhouders, omdat de liquiditeit van de vennootschap daardoor ernstig in gevaar dreigde te komen. Een besluit tot inkoop van die aandelen achtten zij in strijd met de belangen van de vennootschap en van de andere aandeelhouders. Toch dreven de twee aandeelhouders, die tezamen de meerderheid in de algemene vergadering vormden, een besluit tot inkoop door, zulks teneinde de koopprijs te compenseren met een schuld hunnerzijds aan de vennootschap. Het hof te Amsterdam oordeelde het besluit ongeldig. Het interpreteerde de statuten in deze zin, dat de bevoegdheid tot inkoop van eigen aandelen aan het bestuur toekwam en overwoog vervolgens, dat het de algemene vergadering van aandeelhouders niet vrij stond het bestuur instructies te geven op het terrein dat door (de wet en) de statuten aan het bestuur is toegewezen. De Hoge Raad bevestigde het arrest van het hof met de overweging: dat ook de algemene vergadering de bij wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet mag overschrijden.

Deze overschrijding van bevoegdheid mag ook niet langs een omweg gebeuren. Ik doel hier op détournement de pouvoir, het gebruik maken van een wettelijke (of statutaire) bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die is gegeven. In hoofdstuk II paragraaf 1 heb ik uiteengezet dat ik détournement de pouvoir niet beschouw als inbreuk op de goede trouw, doch als inbreuk op een geschreven regel van wet of statuten. Zie ook paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

Enige bevoegdheden. Emissie van aandelen, alsmede verwerving, intrekking en weder-uitgifte van eigen aandelen

77. De scheidslijn tussen de bevoegdheden van de verschillende organen is wel eens moeilijk te trekken ingeval een uitdrukkelijke regeling in wet en statuten ontbreekt. Dat blijkt bijv. uit de discussie over de vraag welk orgaan tot emissie van aandelen bevoegd is. Rb. Amsterdam 30 nov. 1917, NJ 1918, 415 beschouwde daartoe slechts de algemene vergadering bevoegd, omdat de bevoegdheid van het bestuur beperkt was tot daden van bestuur of beheer, waaronder zeker niet uitbreiding van kapitaal mocht worden gerekend. Hof Amsterdam 18 maart 1927, W 11652 gaf echter in een andere casus van een geheel andere mening blijk, nl. dat emissie van aandelen juist tot het beheer en daarom tot de bevoegdheid van het bestuur behoort.

Zoals ik in hoofdstuk I paragraaf 1 heb uiteengezet behoort naar mijn mening emissie van aandelen alsmede verwerving, intrekking en weder-uitgifte van eigen aandelen tot de bevoegdheid van de aandeelhouders; zij hebben de mogelijkheid deze statutair aan een ander orgaan toe te kennen. Het uitschrijven van storting op aandelen is echter een typische beheersdaad; daartoe is het bestuur bevoegd, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen. Dit andere orgaan kan natuurlijk ook de algemene vergadering van aandeelhouders zijn.

Oprichten van dochterrechtspersonen

78. Vragen rijzen eveneens omtrent de bevoegdheid tot het oprichten van dochtervennootschappen of, meer algemeen, dochterrechtspersonen en het deelnemen in andere vennootschappen.

Van een dochtervennootschap is sprake wanneer de moedervennootschap over de meerderheid van stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders van een andere vennootschap beschikt met het oogmerk die andere vennootschap blijvend te beheersen¹. Die meerderheid van stemmen kan worden verkregen door bezit van aandelen, doch ook door stemrecht zonder dat bezit, bijv. krachtens volmacht. De gebruikelijke vorm is echter bezit, omdat de volmacht, ook de onherroepelijke, niet privaat werkt, d.w.z. dat de volmachtgever ondanks het bestaan van een door hem gegeven volmacht altijd nog zelf kan handelen, ter vergadering verschijnen en stemrecht uitoefenen².

Een bezwaar tegen dochtervennootschappen is, dat de individuele aandeelhouders in de moedervennootschap de mogelijkheden ontberen om met hun typisch vennootschappelijke rechten een rol te spelen met betrekking tot de gang van zaken in de dochtervennootschap. Zelfs de vergadering van aandeelhouders van de moedervennootschap is in haar mogelijkheden beperkt. Zij kan slechts langs indirecte weg invloed in de dochtervennootschap uitoefenen, bijv. door haar bestuurder, die tevens in die hoedanigheid bestuurder van de dochter is, te ontslaan.

Indien de statuten over oprichting van dochtervennootschappen zwijgen, zal moeten worden aangenomen dat de beslissing daarover slechts tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders behoort³. Inmiddels worden daarvoor in vele statuten wel voorzieningen getroffen. Indien het oprichten van dochtervennootschappen uitdrukkelijk in de doelomschrijving is opgenomen en de statuten niet nader het daartoe bevoegde orgaan aanwijzen, moet het bestuur mede bevoegd worden geacht⁴.

Het verwerven van één of enkele aandelen (niet de meerderheid uitmaken) in een andere n.v. kan uit zakelijk oogpunt geboden zijn, bijv. om een relatie wat meer aan zich te binden of om gegevens van een concurrent te verkrijgen. Het kan echter ook uit louter beleggingsmotief geschieden. Het is twijfelachtig of dit zonder meer tot het terrein van het bestuur kan worden gerekend.

1. D J Sannes, *De rechtsverhouding van moeder- en dochtermaatschappij*, 1926, p. 16 en 30, Lowensteyn, diss., p. 151

2. HR 13 nov 1959, NJ 1960, 472 inzake *Distilleerderij*; Asser-Van der Grinten, p. 37; Van der Grinten, *Ars Aequi* IX, p. 56-60 in noot onder het genoemde arrest; E J L. M de Bruijn, *De onherroepelijke volmacht*, in *Waarvan akte, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr A R de Bruijn*, 1966, p. 34. Anders Hijmans van den Bergh in noot onder HR 19 feb 1960, NJ 1960, 473

3. Lowensteyn, diss., p. 152

4. Lowensteyn, diss., p. 152

Löwensteyn ¹ maakt onderscheid tussen verwerving uit zuiver beleggings-motief, waartoe hij het bestuur op grond van art. 47 K bevoegd acht omdat zulks behoort tot het normale beheer, en verwerving met de bedoeling om macht in de andere vennootschap uit te oefenen, in welk geval het bestuur slechts krachtens statutaire regeling daartoe zou kunnen overgaan. Het doel van de verwerving zou dus de maatstaf zijn. In dezelfde zin uit zich ook het rapport *Verslaggeving, verantwoording en voorlichting door de besturen van naamloze vennootschappen* ², alhoewel daarin toch ook waarde wordt gehecht aan de duurzaamheid en de relatieve omvang van het aandelenpakket.

Dit onderscheid naar het doel der verwerving is moeilijk hanteerbaar en praktisch oncontroleerbaar. Bovendien, wanneer de aandelen aanvankelijk uit beleggingsoogpunt zijn verworven doch het bestuur na enige tijd haar motief wijzigt en macht wil gaan uitoefenen, zou dan de verwerving achteraf een ongeldig karakter kunnen krijgen of mag het bestuur haar motief niet wijzigen zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders? De onhoudbaarheid van dit onderscheid blijkt hieruit reeds duidelijk. Men zal naar mijn mening moeten aannemen dat het bestuur hiertoe bevoegd is, ook zonder statutaire regeling, totdat de relatie met de andere vennootschap het karakter van een moeder-dochter verhouding gaat aannemen. Dan zal de beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig worden.

Hetgeen op dochtervennootschappen toepasselijk is, geldt evenzeer voor andere dochterrechtspersonen. Te denken valt hierbij aan de oprichting van een stichting. Men herinnere zich de constructie die het bestuur van De Korenschoof N.V. creëerde ³. Het bestuur richtte een stichting op, waarin de gehele onderneming werd overgebracht, en trof zodanige regelingen in de statuten van de stichting dat de aandeelhoudersvergadering iedere reële zeggenschap ten aanzien van de onderneming verloor. Daartoe was het bestuur stellig niet bevoegd. Een besluit van die strekking behoort tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders. Of dit orgaan daartoe in concreto mag besluiten, wordt nader door de statuten en vooral de goede trouw bepaald.

Opmaken en vaststellen van de jaarrekening

79. De gebrekkige wettelijke regeling terzake het opmaken en vaststellen van de jaarrekening heeft de laatste jaren tot uitvoerige discussies aanleiding gegeven. De meningsvorming over de functie van de jaarrekening is nog volop in ontwikkeling.

1. Diss., p. 213.

2. Uitgebracht door de Raad van Nederlandse werkgeversverbonden, 's-Gravenhage 1962.

3. Nr. 64.

De jaarrekening vervult verschillende functies ¹. Te onderscheiden zijn:

- a. middel tot periodieke vaststelling van de winst. Na (het afzonderlijke besluit tot) besteding hiervan kunnen aanspraken van aandeelhouders en derden op die winst worden vastgesteld;
- b. middel tot het afleggen van verantwoording door de leiding over het door haar gevoerde beheer en beleid;
- c. informatie voor belanghebbenden, speciaal met het oog op het te voeren beheer en beleid;
- d. grondslag voor fiscale winstbepaling.

De jaarrekening moet dus in onderscheiden behoeften voorzien. Deze kunnen eigenlijk niet goed in één rekening worden bevredigd ². Vandaar dat in de praktijk dan ook dikwijls met meer rekeningen wordt gewerkt.

In het huidige wettelijke systeem wordt onderscheid gemaakt tussen interne verantwoording en publiciteit. In iedere vennootschap dient het bestuur zich tegenover de aandeelhouders te verantwoorden, art. 42 lid 1 K, doch bepaalde in art. 42c K genoemde vennootschappen dienen daaraan publiciteit te geven door deponering van de jaarrekening ten kantore van het handelsregister.

Ook al geldt deze publikatieplicht niet, dan strekt niettemin de verantwoordingsplicht zich toch reeds verder uit dan tot de aandeelhouders. Te denken is hierbij onder meer aan werknemers ³ en winstgerechtigden. Recht op verantwoording hebben echter slechts zij die ook het recht hebben de geldigheid van een besluit te betwisten. En daarbij kan dan een zekere gradatie in de belangen worden gemaakt die leidt tot een gradatie in het recht op verantwoording; de aandeelhouder heeft recht op meer gegevens dan een crediteur, een werknemer heeft behoefte aan andere gegevens dan een aandeelhouder. Voor de werknemer spelen gegevens over werkgelegenheid, automatisering, enz. een grote rol, voor een aandeelhouder continue rentabiliteit van het geïnvesteerde kapitaal. De gemeenschap (de publieke opinie) komt als afzonderlijke grootheid niet voor onder hen die gerechtigd zijn de geldigheid van een besluit te betwisten.

80. Wat moet men onder jaarrekening verstaan? Art. 42 lid 1 K spreekt van balans en winst- en verliesrekening vergezeld van een toelichting. Het begrip

1. H. H. J. Nordemann, *Wensen en grenzen*, rede Amsterdam 1967, passim; Th. S. IJsselmuiden, TVVS 11, p. 158 e.v.

2. IJsselmuiden, TVVS 11, p. 163.

3. Werknemers hebben reeds, krachtens de wet op de ondernemingsraden van 1950, recht op voorlichting. De ondernemingsraad kan van de leiding die inlichtingen vergen, die nodig zijn voor de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheden, onder meer het adviseren en het doen van voorstellen omtrent maatregelen, die tot verbetering van de technische en economische gang van zaken in de onderneming kunnen bijdragen.

jaarrekening kent de huidige wet niet. Wel (jaar-)verslag, art. 49 K. In het rapport van de commissie-Verdam is het begrip jaarrekening voorgesteld als verzamelwoord voor balans en winst- en verliesrekening met toelichting ¹. Alhoewel invoering van het woord jaarrekening verwarrend zou kunnen werken nu de termen balans en winst- en verliesrekening blijven gehandhaafd, zal ik het toch zoveel mogelijk gebruiken omdat het waarschijnlijk gemeengoed zal worden.

De jaarrekening wordt opgemaakt door het bestuur, art. 42 lid 1 K. Het bestuur is daartoe zelfs onder bedreiging van straf verplicht, art. 435 Wetboek van Strafrecht. De commissarissen maken geen jaarrekening op, ook niet wanneer zij statutair speciaal met het toezicht daarop zijn belast; dan tekenen zij alleen mee. Het departement oordeelde dan ook in de statuten ontoelaatbaar, dat het opmaken door bestuur én commissarissen tezamen geschiedde. Wel liet het departement toe, dat het opmaken geschiedde door het bestuur in overleg met de commissarissen ². Het opmaken van de jaarrekening is een typische bestuurshandeling ³. Ten deze is sprake van een besluit. Art. 49 K verplicht het bestuur van iedere n.v. de aan de algemene vergadering voor te leggen jaarrekening te doen vergezeld gaan van een jaarverslag ⁴.

De vaststelling van de balans en winst- en verliesrekening en daarmee tevens van de winst geschiedt door de aandeelhoudersvergadering, art. 42 lid 1 K. Het opmaken van deze stukken door het bestuur heeft dus formeel steeds het karakter van een voorstel ⁵. Behoudens in West-Duitsland is dit ook zo in alle ons omringende landen ⁶.

Omtrent de inrichting van de jaarrekening zegt de wet niet veel. Art. 42 lid 3 K geeft slechts enkele voorschriften voor de actiefzijde van de balans en dat slechts voor vennootschappen met een publikatieplicht krachtens art. 42c K.

1. Rapport, p. 42.

2. NV 37, p. 91.

3. België, wetboek van koophandel, art. 77; Luxemburg, code de commerce, art. 72; Frankrijk, wet van 24 juli 1867, art. 34; Italië, codice civile, art. 2423; Duitsland, Aktiengesetz, art. 173; Zwitserland, Obligationenrecht, art. 722.3; Engeland, Companies act 1948, S. 148.

4. Het departement wil in statuten tot uitdrukking laten komen, dat het opmaken van de jaarrekening een eigen bestuurshandeling is. Ook al zal in de praktijk veelal de accountant of boekhouder de stukken gereed maken, formeel blijft het een rechtshandeling van het bestuur. Het departement maakte dan ook bezwaar tegen de formulering dat het opmaken geschiedde 'onder verantwoordelijkheid van de directie'; NV 42, p. 66. Consequent was het departement echter niet toen het wel de bepaling toeliet, dat het diende te gebeuren door de directie 'onder controle van een accountant'; NV 43, p. 119.

5. Het departement schijnt hierin bijzonder nauwkeurig te willen zijn, want het maakte bezwaar tegen de aanduiding 'concept'; NV 41, p. 125. Het woord 'voorstel' werd wel goedgekeurd.

6. Zie noot 3 van deze pag. In West-Duitsland stellen de commissarissen deze stukken vast, tenzij bestuur en commissarissen gezamenlijk besluiten de vaststelling aan de algemene vergadering van aandeelhouders over te laten of tenzij de commissarissen hun goedkeuring aan de stukken onthouden; nieuwe Aktiengesetz, paragraaf 173. Zie hierover P. Sanders, NV 43, p. 133.

81. Indien het bestuur of de commissarissen de jaarrekening zouden vaststellen, zou dat besluit ongeldig zijn. Slechts de aandeelhoudersvergadering is daartoe bij uitsluiting bevoegd. Zouden de commissarissen de jaarrekening opmaken, dan is ook dat besluit ongeldig. Dat behoort immers tot de taak van het bestuur.

Het vaststellen van de jaarrekening heeft voor de aandeelhouders vooral betekenis door de vaststelling van de winst. In het vaststellen van de jaarrekening is begrepen het vaststellen van afschrijvingen, voorzieningen en voor inhouding *benodigde* overige middelen; deze laatste worden ook wel genoemd de reserves boven de streep. Voorheen duidde men de voorzieningen wel aan met benamingen als oneigenlijke reserves, bestemmingsreserves, depreciatie-reserves, bouwreserves, enz.¹

De inhoud van het begrip afschrijvingen en voorzieningen wordt meer door bedrijfseconomische dan door juridische opvattingen bepaald. Dat is eigenlijk ook het geval met het begrip reserve. Het is hier dan ook niet de plaats deze begrippen diepgaand te behandelen. Slot geeft de voorkeur aan deze betekenis van reserve: 'elk bestanddeel van het eigen vermogen, dat in de bedrijfshuishouding aanwezig is naast het nominale gestorte eigen vermogen en nog onverdeelde winst' ². Deze reserve kan diverse bronnen hebben, zoals agio bij emissie, herwaardering, reorganisatie, hogere afschrijving of hogere voorziening dan commercieel noodzakelijk is en inhouding van winst. De reserve kan open, stil en geheim zijn. De termen stille en geheime reserve worden dikwijls door elkaar gebruikt. De open reserve kan ontstaan door een post reserve op te nemen op de winst- en verliesrekening (de zogenaamde reservering boven de streep) en door het winstsaldo van de winst- en verliesrekening geheel of gedeeltelijk voor reservering te bestemmen (de zogenaamde reservering onder de streep) ³.

De grens tussen enerzijds afschrijvingen, voorzieningen en voor reservering *benodigde* middelen en anderzijds de voor uitkering vatbare winst is moeilijk te trekken, omdat ze afhankelijk is van het winstbegrip dat men hanteert. Immers, Slot wijst daar terecht op ⁴, hoe enger men het winstbegrip neemt des te minder ingehouden middelen kunnen als reserves uit de winst en des te meer dus als afschrijvingen, voorzieningen en voor reservering *benodigde* middelen worden aangemerkt. Maar wat is dan winst? Slot noemt drie theorieën omtrent het begrip winst. Volgens het nominalistische winstbegrip is elke verkregen aanwas van het eigen vermogen winst en dus elke inhouding daarvan winstreserve. In het substantialisme is van winst sprake bij vermogensaanwas die niet nodig is voor het op hetzelfde peil houden van het goe-

1. Handboek, nr. 322-325.

2. R. Slot, Beschouwingen over enige aspecten van de reservevorming in de open naamloze vennootschap, rede Utrecht 1963, p. 4. Zie ook de door hem in zijn noot 1 aangehaalde schrijvers.

3. Handboek, nr. 325.

4. Rede, p. 5.

derenkapitaal van de vennootschap. Bij de structurele kostprijs- en winst-opvatting kan eerst van winst worden gesproken bij een vermogensaanwas die uitgaat boven hetgeen nodig is voor het veiligstellen van de structurele positie van het bedrijf ¹.

De wet duidt niet nader aan wat onder winst moet worden verstaan. De grens tussen enerzijds de voor afschrijvingen, voorzieningen en reservering *benodigde* middelen en anderzijds de voor uitkering vatbare winst is echter van belang voor de bepaling van het dividend en het winstaandeel van winstgerechtigden. Naarmate de grens meer naar de eerste categorie wordt verlegd is de mogelijkheid dat (de minderheid van) aandeelhouders en winstgerechtigden worden benadeeld groter. Gezien de verschillende opvattingen omtrent het winstbegrip en de daarmee verband houdende moeilijkheden ² is er praktisch slechts één mogelijkheid om tot bepaling van de winst te komen, nl. als winst aan te nemen het batig saldo van de winst- en verliesrekening zoals dat door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt vastgesteld ³.

Hiermede is tevens gezegd, dat mij de oude opvatting over winst niet juist lijkt. Die oude opvatting hield in, dat het vermogenssurplus boven het geplaatste kapitaal de winst vormde. De nieuwe opvatting wordt wel aangeduid met de term 'nominaal winstbegrip' ⁴. Het tweede Baus/De Koedoe-arrest van 21 mei 1943, NJ 1943, 484 geeft steun aan de nieuwe opvatting. Daarin werd immers door de Hoge Raad overwogen dat zolang de balans en winst- en verliesrekening nog niet zijn vastgesteld, een n.v., door een commissaris aangesproken tot betaling van een hem toekomend deel van de winst, in het algemeen kan volstaan met zich op die omstandigheid te beroepen. Iets duidelijker is Hof 's-Gravenhage 26 mei 1954, NJ 1955, 90: door de vaststelling van de balans en winst- en verliesrekening door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt bepaald of, en zo ja welke, winst ter verdeling komt.

82. Het vaststellen van de winst, waarin dus begrepen het vaststellen van de voor afschrijvingen, voorzieningen en reservering *benodigde* middelen, behoort krachtens art. 42 K tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders. Volgens de departementale richtlijnen is wel de wat raadselachtige statutaire regeling toelaatbaar dat het bestuur zodanige afschrijvingen toepast als 'het geraden acht', doch de beslissing daarover blijft aan de aandeelhouders. Die bestuurlijke toepassing blijft dus niet meer dan een voorstel. Van der Grinten wijst er op ⁵ dat vóór de publikatie van de richtlijnen in 1955 het departement geen bezwaar maakte tegen een bepaling dat het bestuur de afschrijvingen vaststelde, doch dat sedert de publikatie de

1. Rede, p. 5-6.

2. R. Slot, NV 46, p. 1 e.v.

3. Handboek, nr. 331.

4. A. van Oven, WPNR 4956.

5. NV 33, p. 176.

praktijk geleidelijk is omgebogen en dergelijke bepalingen niet meer worden goedgekeurd. Het departement is hierbij echter niet altijd consequent gebleven ¹.

Terwijl het departement zijn goedkeuring onthield aan statutaire regelingen dat afschrijvingen door het bestuur worden vastgesteld, werden anderzijds wel regelingen goedgekeurd volgens welke het bestuur voorzieningen en reserves bepaalde ². Het is niet duidelijk of het departement hier wellicht voorzieningen en reserves heeft gerekend tot onderdelen van de winst, waarvan de bestemming op grond van art. 42d K statutair wel aan andere organen dan de algemene vergadering kan worden overgelaten. De departementale opvatting is niet helder. Vaststelling van voorzieningen en reserves krachtens statutaire regeling wel mogelijk door het bestuur, van afschrijvingen niet? Ik zou het niet wagen te stellen dat ik precies de grens weet tussen afschrijvingen en voorzieningen; de termen worden trouwens in de praktijk vaak door elkaar gebruikt.

Met Van der Heijden-Van der Grinten ³ ben ik van mening, dat de vaststelling van balans en winst- en verliesrekening door de algemene vergadering inhoudt, dat zij – de algemene vergadering – daarop alle posten zonder onderscheid vaststelt. Dus zowel afschrijvingen als voorzieningen als de voor inhouding *benodigde* overige middelen. De vaststelling van de winst – volgens het nominale winstbegrip – volgt dan vanzelf. Deze bevoegdheid van de algemene vergadering kan niet bij de statuten aan enig ander orgaan worden overgedragen. Heeft het departement toch zulk een bepaling goedgekeurd, dan is niettemin een besluit van dien aard van een ander orgaan ongeldig wegens strijd met de wet. Die statutaire bepaling zou dan immers nietig zijn. Indien de statuten het bestuur bevoegd verklaren tot reservering, geldt deze bevoegdheid slechts voorzover het reservering van voor uitkering vatbare winst betreft.

De bestemming van de winst kan immers krachtens art. 42d K ⁴ wel statutair aan een ander orgaan worden toegekend. Die bestemming kan reservering inhouden, en wel reservering van voor uitkering vatbare winst. Het departement laat echter, volgens de richtlijnen op art. 42d K, niet toe dat winstbestemming wordt overgelaten aan een ander orgaan, behoudens dan reserveringen. Wat hier onder reserveringen moet worden verstaan, wordt niet nader aangeduid. Of dit standpunt juist is, waag ik te betwijfelen; het is in ieder geval niet zonder meer uit art. 42d K af te leiden ⁵.

83. Er zijn de laatste jaren nogal wat voorstellen gedaan tot wijziging van de wettelijke regeling op het stuk van vaststelling van de jaarrekening en verslaggeving.

1. NV 35, p. 154 en NV 36, p. 17.

2. NV 44, p. 74.

3. Handboek, nr. 329.

4. Zie ook art. 2.3.3.17 nieuw BW.

5. Van der Grinten, NV 43, p. 120.

In *De hervorming van de onderneming* wordt voorgesteld dwingend in de wet te regelen, dat de jaarrekening en mitsdien ook de afschrijvingen, voorzieningen en reserves worden vastgesteld door de commissarissen, de aandeelhoudersvergadering gehoord ¹. Men meent dat daarmee slechts een reeds bestaande toestand wordt vastgelegd. In *Open ondernemerschap* wordt er voor gepleit als hoofdregel volledige vrijheid tot reservering van winst te aanvaarden. In de statuten kan dan worden bepaald welk orgaan over de mate van reservering beslist; zo een dergelijke regeling ontbreekt, berust die beslissing bij de algemene vergadering van aandeelhouders ². De commissie-Verdam tenslotte stelt voor bepaalde vennootschappen – parafraserend: de open vennootschappen en zij die daarmee in concernverband zijn verbonden – voor de commissarissen de jaarrekening te laten vaststellen, hetgeen dus tevens impliceert de vaststelling van afschrijvingen, voorzieningen en voor inhouding *benodigde* overige middelen. De bestemming van de winst, en dus ook de reservering uit de winst, zou bij de algemene vergadering moeten blijven, behoudens andersluidende statutaire regeling ³.

Het rapport van de commissie-Verdam heeft inmiddels geleid tot twee wetsvoorstellen. Op 13 mei 1968 werd bij de Tweede Kamer een ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen ⁴ en een ontwerp van wet tot herziening van het enquêterecht ⁵ ingediend.

Ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen

84. Het ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen beoogt de verslaggeving over ondernemingen meer uitgebreid te regelen dan thans het geval is, gedetailleerde voorschriften te geven voor de inrichting van de jaarrekening, meer mogelijkheden te verschaffen om tegen een besluit tot vaststelling van de jaarrekening op te komen, een deskundig rechterlijk forum te creëren waar geschillen over de inrichting van de jaarrekening worden geconcentreerd, en sancties in te voeren op niet-nakoming van verplichtingen op dit stuk. Het ontwerp heeft niet alleen betrekking op de n.v., doch ook op enkele andere rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven, art. 1.

Onder jaarrekening wordt in dit ontwerp verstaan de balans en winst- en verliesrekening met als bijlage de toelichting op deze stukken, art. 1. De jaar-

1. Rapport, p. 156.

2. Rapport, p. 283.

3. Rapport, p. 177.

4. Bijlagen Handelingen van de Staten-Generaal, Tweede Kamer 1967-1968, nr. 9595; G. L. Groeneveld, TVVS 11, p. 133 e.v.; IJsselmuiden, De jaarrekening van ondernemingen, in *De nieuwe wetsontwerpen vennootschapsrecht*, 1968.

5. Bijlagen Handelingen van de Staten-Generaal, Tweede Kamer 1967-1968, nr. 9596; C. J. H. Lankhof-Verboom, TVVS 6, p. 144-145 en *De herziening van het enquêterecht*, in *De nieuwe wetsontwerpen vennootschapsrecht*, 1968.

rekening dient een zodanig inzicht te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat der onderneming alsmede omtrent haar solvabiliteit, art. 2. Deze bepaling wordt in het ontwerp nader in details uitgewerkt.

Wordt nu een jaarrekening vastgesteld zonder inachtneming van deze bepalingen, dan is het daartoe strekkende besluit, zo zou ik menen, ongeldig wegens strijd met de wet. Toch rijst bij lezing van het ontwerp hier een vraag. Iedere belanghebbende alsmede de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam kunnen bij de, bij deze wet tevens in te stellen, ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam binnen twee maanden na het vaststellingsbesluit daartegen opkomen, indien zij menen dat de jaarrekening niet voldoet aan hetgeen in deze wet is bepaald. De ondernemingskamer kan het bestuur van de onderneming bevelen de litigieuze en/of toekomstige jaarrekeningen in te richten overeenkomstig bij dat bevel te geven aanwijzingen. Heeft het bevel betrekking op de litigieuze jaarrekening, dan 'heeft het de nietigheid van de vaststelling van die jaarrekening tengevolge', art. 34 lid 3. Betekent dit nu, dat bij inbreuk op de bepalingen uit deze wet alleen dan het besluit ongeldig is, als de ondernemingskamer zo'n bevel geeft?

Dit zal wel niet de bedoeling zijn. Aangenomen moet worden dat het besluit ook ongeldig is als de ondernemingskamer er niet aan te pas komt, alsmede dat ongeldigheid niet alleen veroorzaakt kan zijn door overtreding van de bepalingen van deze wet, doch ook op andere gronden.

Volgens de termen van het ontwerp gelden de bepalingen voor alle naamloze vennootschappen, behoudens bijzondere bepalingen voor verzekeringsmaatschappijen, de Nederlandsche Bank en landbouwkredietbanken.

Ontwerp van wet tot herziening van het enquêterecht

85. Het ontwerp van wet tot herziening van het enquêterecht beoogt een verbetering en uitbouw van de regeling die thans is neergelegd in de art. 53 t/m 54c K. Op verzoek van bepaalde personen en organisaties alsmede van de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam kan de – bij het vorige ontwerp in te stellen – ondernemingskamer personen benoemen voor het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap, hetzij in de gehele omvang daarvan hetzij met betrekking tot een gedeelte of tot een bepaald tijdvak. Die personen en organisaties zijn:

- a. een of meer houders van aandelen of certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk tenminste eentiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag aan aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van f 500 000 of zoveel minder als de statuten bepalen;
- b. een of meer aangewezen algemeen erkende centrale organisaties van werknemers;

- c. degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst de bevoegdheid is toegekend.

Indien uit het onderzoek wanbeleid is gebleken, kan de ondernemingskamer op verzoek c.q. vordering bepaalde voorzieningen treffen. Deze voorzieningen zijn:

- a. schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de vergadering van aandeelhouders of van enig ander orgaan der vennootschap;
- b. schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen;
- c. tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen;
- d. tijdelijke afwijking van de statuten;
- e. ontbinding van de vennootschap.

Een door de ondernemingskamer getroffen voorziening kan door de vennootschap niet ongedaan worden gemaakt. Het ontwerp heeft ook betrekking op coöperatieve verenigingen.

Een besluit dat ingaat tegen de door de ondernemingskamer getroffen voorziening is ongeldig. Het ontwerp bepaalt dit uitdrukkelijk. Er is dan sprake van strijd met de wet. Uiteraard blijven alle andere mogelijkheden van ongeldigheid van besluiten bestaan.

Met betrekking tot dit ontwerp rijzen bij mij bedenkingen tegen de voorgestelde toekenning aan de procureur-generaal van de bevoegdheid ambts-halve een onderzoek uit te lokken en naar aanleiding van de uitkomsten allerlei voorzieningen, waaronder zelfs ontbinding, te vorderen. Bedenkingen, die ik ook koester tegen art. 2.1.10c nieuw BW¹. Aan de belanghebbenden moet het worden overgelaten gebruik te maken van de civielrechtelijke sancties. De overheid kan ik hier moeilijk als belanghebbende zien.

Vertegenwoordiging van de n.v.

86. Art. 51 K verbiedt in het algemeen dat het bestuur bij tegenstrijdig belang met de n.v. zonder meer de n.v. vertegenwoordigt. Een daartoe strekkend bestuursbesluit zou als in strijd met de wet ongeldig zijn. De statuten kunnen dit echter anders regelen en het bestuur toch die bevoegdheid geven. Ontbreekt een regeling, dan dient vertegenwoordiging van de n.v. in zulk een geval door commissarissen te geschieden. De algemene vergadering van aandeelhouders kan echter, ook zonder statutaire regeling, een ander dan de commissarissen tot vertegenwoordiging aanwijzen. Die ander kan het bestuur

1. 'Een rechtspersoon die in ernstige mate in strijd handelt met haar statuten, kan op vordering van het openbaar ministerie door de rechtbank, binnen wier rechtsgebied zij haar woonplaats heeft, worden ontbonden.'

zelf zijn. In een geval, waarin de enige directeur en tevens enige aandeelhouder een nietswaardige vordering aan de n.v. verkocht, werd de algemene vergadering van aandeelhouders geacht de directeur daartoe te hebben benoemd, Rb. Haarlem 14 jan. 1947, NJ 1948, 289. Het staat derden echter vrij onder zulke omstandigheden op grond van art. 1377 BW te ageren. Nu de wetenschap van de algemene vergadering van aandeelhouders en van de directeur dan dezelfde is, maakt zo'n actie kans van slagen.

Het voeren van procedures behoort in het algemeen tot de taak van het bestuur, derhalve ook het verlenen van opdracht daartoe aan een procureur¹. Zonder statutaire regeling kan een algemene vergadering van aandeelhouders die opdracht niet ongedaan maken en een andere procureur aanwijzen. Zulk een besluit zou strijden met art. 47 K. Rb. Rotterdam 21 jan. 1927, NJ 1927, 1274 heeft daar anders over gedacht, doch dat paste nog bij de opvatting dat de algemene vergadering van aandeelhouders de hoogste macht in de n.v. bezat. In het licht van het Forumbankarrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 is een dergelijk vonnis niet meer te verwachten.

Ik heb slechts enkele voorbeelden willen geven van gevallen, waarin een besluit ongeldig is omdat krachtens de wet de materie tot de bevoegdheid van een ander orgaan behoort. Zij zijn met vele andere uit te breiden.

§ 4 ONGELDIGHEID VAN STEM WEGENS INBREUK OP DE WET

87. Zoals ik in hoofdstuk II paragraaf 1 heb uiteengezet is voor een geldige wijze van totstandkomen van een besluit onder meer vereist dat het wordt genomen met een voldoende aantal geldige stemmen. Een stem kan ongeldig zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden, met een wettelijk voorschrift, met de statuten dan wel met de goede trouw. Thans zal ik enige mogelijkheden nagaan van ongeldigheid van stem wegens strijd met de wet.

Bijzondere aan het vennootschapsrecht ontleende gronden voor ongeldigheid van stem zijn te vinden in art. 44a lid 4, 44b lid 1 en 44c K. De overige gronden moeten worden gezocht in het gemene recht.

Art. 44b lid 1 K: Slechts aandeelhouders hebben stemrecht in de algemene vergadering. Stromannen

88. Voor de algemene vergadering van aandeelhouders gelden als besluitvormers slechts aandeelhouders, dat wil zeggen eigenaren van een aandeel of bezitters die een aandeel als eigenaar houden; slechts zij hebben stemrecht, art. 44b K. Om geldig aandeelhouder te zijn dient aan de verwerving van het aandeel een geldige titel ten grondslag te liggen. Het enkel stellen van een

1. Löwensteyn, diss., p. 195, 214.

aandeel op iemands naam doet nog geen aandeelhouderschap overgaan, Rb. Amsterdam 22 juni 1931, W 12384. De verwerving geschiedt ofwel vennootschapsrechtelijk ofwel gemeenrechtelijk. Onder vennootschapsrechtelijke verwerving versta ik deelneming aan de oprichting en latere deelneming aan een emissie. Onder gemeenrechtelijke de verwerving door een der wijzen van eigendomsverkrijging die in het gemene recht bestaan, art. 639 en 2014 BW.

Voor overdracht van aandelen op naam kent de wet slechts ¹ twee wijzen, te weten een akte van overdracht gevolgd door betekening aan de n.v. en een akte van overdracht gevolgd door een schriftelijke erkenning door de n.v. Indien er een aandeelbewijs is, kan de erkenning slechts geschieden door een desbetreffende aantekening op dat stuk, art. 39a K.

Voor overdracht van aandelen aan toonder stelt de wet geen bijzondere regels. De gewone wijze, levering van het aandeelbewijs, is hier dus toepasselijk, art. 668 lid 3 en 2014 BW.

Het bezit van het aandeel, zowel op naam als aan toonder, legitimeert voorshands de houder als eigenaar. De werkelijk rechthebbende kan echter een ander zijn. Het toonderaandeel kan hem onvreemd dan wel verduisterd zijn; of de titel van overdracht kan ongeldig blijken. Dit laatste kan zich ook voordoen bij aandelen op naam. In zulke gevallen heeft de houder geen stemrecht, zijn stem is ongeldig.

In de praktijk heeft zich dit vraagstuk vooral toegespitst bij ongeldigheid van de titel van overdracht. Onder vigeur van art. 54 van de oude wet kon een aandeelhouder, ongeacht de grootte van zijn aandelenbezit, slechts zes stemmen uitbrengen indien het kapitaal in tenminste honderd en slechts drie stemmen indien het kapitaal in minder dan honderd aandelen was verdeeld. Deze bepaling is in 1928 afgeschaft, doch een enkele maal treft men deze of een soortgelijke regeling nog wel eens in statuten aan. Teneinde deze bepaling te omzeilen droeg men aandelen boven zes respectievelijk drie tijdelijk aan anderen over om daarop in de vergadering op een tevoren overeengekomen wijze te laten stemmen. Deze anderen fungeerden dan als stromannen. De wil tot overdracht van eigendom van die aandelen bestond in werkelijkheid niet, de overdracht ontbeerde een geldige titel en de door deze stromannen uitgebrachte stem was ongeldig wegens inbreuk op de wet dan wel, ingeval na 1928 de statuten een soortgelijke bepaling bevatten, wegens inbreuk op de statuten.

Reeds in 1920 heeft de Hoge Raad bij zijn bekende stromannenarrest van 4 juni 1920, NJ 1920, 712 de door een stroman uitgebrachte stem ongeldig geacht wegens strijd met de wet. Zie ook HR 8 nov. 1923, NJ 1924, 98 en Rb. Haarlem 5 mei 1925, NJ 1926, 71. Deze jurisprudentie dateert weliswaar van vóór de huidige wet, doch geldt thans nog. Nog recent deed zich het stromannenvraagstuk voor in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434 inzake N.V. Scholten's Aardappelmeelfabrieken. De statutaire beperking van stemrecht

1. Verslag Tweede Kamer, Belinfante 1929, p. 190; Handboek, nr. 179.

werd toen zowel door dr Scholten in zijn hoedanigheid van aandeelhouder als door bestuur en commissarissen overtreden. Zie over dit arrest uitvoerig nr. 40-41. Het maakt geen verschil of als stroman een natuurlijk persoon dan wel een rechtspersoon fungeert.

Het door de Hoge Raad in zijn stromannenarrest ingenomen standpunt kan onder omstandigheden onbevredigend zijn, nl. wanneer de n.v. niet van de onregelmatigheid op de hoogte is en kon zijn. Denijs ¹, Verdam ² en Van der Heijden-Van der Grinten ³ bepleiten dan ook een verfijning in de leer van de Hoge Raad, in die zin dat bij goede trouw van de n.v. de door een stroman uitgebrachte stem niet om die reden door de werkelijke rechthebbende ongeldig kan worden geoordeeld; alleen dan komt de legitimerende werking tot zijn recht. In die zin overwogen ook reeds Rb. Haarlem 5 mei 1925, NJ 1926, 71 en Rb. Utrecht 9 maart 1932, NJ 1933, 174.

Overdracht van aandelen aan een administratiekantoor is geen beletsel voor geldige uitoefening van stemrecht. Het optreden als trustee is een geldige titel voor eigendomsoverdracht. De trustee heeft met betrekking tot het aandeel een eigen zelfstandig recht, waarvan het stemrecht deel uitmaakt.

Indien een aandeel aan meer personen in eigendom toebehoort, zijn zij allen gezamenlijk aandeelhouder. Is over de uitoefening van de aan het aandeel verbonden rechten geen regeling tussen de mede-eigenaren of in de statuten getroffen, dan is ieder tot uitoefening van die rechten bevoegd, zowel om ter vergadering te verschijnen als om aan de stemming deel te nemen. Hun stem is echter niet geldig wanneer tussen hen geen overeenstemming bestaat, ongeacht of zij nu deels wel en deels niet ter vergadering zijn verschenen. Aangenomen moet echter worden dat de niet verschenen medegerechtigden zich slechts op hun bezwaar tegen uitoefening van stemrecht door de anderen kunnen beroepen, wanneer de n.v. daarmee vóór de stemming bekend was dan wel redelijkerwijze kon zijn.

Tenzij de statuten dit anders regelen, is aan ieder aandeel één stem verbonden indien het maatschappelijk kapitaal is verdeeld in aandelen van eenzelfde bedrag. Anders geldt één stem per kleinste aandeel, art. 44b lid 2 en 3 K.

Art. 44c K: Uitsluiting van stemrecht

89. Bij tegenstrijdig belang mag de aandeelhouder krachtens art. 44c K in de aandeelhoudersvergadering niet stemmen. Uiteraard slechts ingeval van tegenstrijdigheid uit anderen hoofde dan als aandeelhouder. Hof 's-Gravenhage 24 april 1941, NJ 1941, 618 inzake Baus/De Koedoe verklaarde de stemmen van degene die zich zelf mede tot directrice had benoemd, op die

1. Denijs, Het stemrecht in de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 1936, p. 103.

2. Diss., p. 143-144.

3. Handboek, nr. 201.

grond ongeldig; er waren echter voldoende stemmen over, zodat de benoeming in stand bleef.

De statuten kunnen van art. 44c K afwijken. Is dat niet gebeurd dan kan de enige aandeelhouder in een eenmans-n.v. of, indien er meer aandeelhouders zijn, de houder van de meerderheid der aandelen voor de moeilijkheid komen dat hij zichzelf niet geldig tot directeur of commissaris kan benoemen. Hierdoor zou hij immers een recht tegenover de n.v. verkrijgen, nl. op uitoefening van die functie ¹. Toch zal dit veelal geen probleem behoeven op te leveren, omdat een dergelijk besluit slechts vernietigbaar is ² en voor anderen niet vaak een rechtmatig belang bestaat daarop een beroep te doen. Bovendien staat de mogelijkheid van statutenwijziging nog open, indien de candidaat-directeur tenminste over voldoende stemmen beschikt. De beperking van art. 44c K geldt niet voor besluitvorming in andere organen.

Onbevoegde vertegenwoordiger

90. De stem van een onbevoegde vertegenwoordiger is, eveneens wegens strijd met de wet, ongeldig. Vennootschapsrechtelijke onbevoegdheid is geregeld in art. 44a lid 4 K: bestuurders, commissarissen en in het algemeen personen in dienst der vennootschap, mogen niet als gemachtigden aan de stemming *in de algemene vergadering* meedoen. Deze bepaling is terecht niet overgenomen in het nieuwe BW. Voor de zuiverheid in de vennootschappelijke verhoudingen is dit verbod niet nodig, aldus Meijers ³.

Gemeenrechtelijke onbevoegdheid van de vertegenwoordiger, ongeacht in welk orgaan, kan ontstaan, ofwel omdat hij geen (geldige) volmacht heeft verkregen ofwel omdat de volmacht slechts beperkt is en er overigens geen schijn van bevoegdheid bestaat die aan de vertegenwoordigde kan worden toegerekend ⁴. Het laatste deed zich voor in de Wamsteekeraffaire, beslecht in HR 20 jan 1927, NJ 1927, 733. De volmacht was in algemene termen vervat en gaf krachtens art. 1833 lid 1 BW derhalve slechts het recht tot het stellen van daden van beheer. Aan deze volmacht kon de vertegenwoordiger van een aandeelhouder niet de bevoegdheid ontfangen voor ontbinding en liquidatie te stemmen, aldus rechtbank en hof, welke beslissing niet werd gecasseerd ⁵. Stemmen voor ontbinding en liquidatie werd dus gezien als een

1 Denijs, a.w., p. 32

2 Zie hierover paragraaf 6 van dit hoofdstuk

3 Van Zeben, p. 603

4. Handboek, nr. 225

5 Het ontbindingsbesluit werd mede ongeldig geacht op deze grond, dat de volmacht niet de bevoegdheid gaf dispensatie te verlenen van statutaire voorschriften. De statutaire bepalingen omtrent oproeping, deponering van aandelen en tervisieleggen van de agenda waren niet nageleefd, doch alle aanwezigen waaronder de gevolmachtigde keurden afwijking van die statutaire bepalingen goed

beschikkingsdaad. Daar is ook anders over gedacht. Van der Heijden-Van der Grinten beschouwen het als een beheershandeling, omdat de eigendom van het aandeel door het uitbrengen van stem niet wordt geraakt¹. Het gaat mij echter wel erg ver daar nog beheren in te zien. Uiteindelijk wordt toch de eigendom van het aandeel wél geraakt. Immers, na de liquidatie volgt eventueel een uitkering en verdwijnt het 'aandeel'.

Volmacht om voor een aandeelhouder ter algemene vergadering te verschijnen dient krachtens art. 44a lid 1 K schriftelijk te worden verleend. Met Van der Heijden-Van der Grinten² en dus anders dan Denijs³ wil ik aannemen, dat dit voorschrift niet de bedoeling heeft de stem van een slechts mondeling gemachtigde op die grond ongeldig te achten, doch dat deze gemachtigde de uitoefening van de aandeelhoudersrechten ter algemene vergadering kan worden ontzegd. Deze bepaling geldt niet voor vertegenwoordiging van besluitvormers in andere organen.

Onbekwaamheid

91. Ongeldig wegens strijd met de wet zijn voorts de stemmen van onbekwamen, zoals minderjarigen en onder curatele gestelden. Op deze ongeldigheid zal alleen de wettelijke vertegenwoordiger een beroep kunnen doen, Rb. Utrecht 9 maart 1932, NJ 1933, 174; na het ophouden van de onbekwaamheid de betrokkene zelf.

Ongeldigheid zal ook het geval moeten zijn bij gemis aan wil. Het nieuwe BW bepaalt dit thans uitdrukkelijk in art. 3.2.2.3. Verdedigbaar lijkt mij, dat beroep op dit gebrek niet mogelijk dient te zijn wanneer het gebrek aan de n.v. niet bekend noch kenbaar is. Ik zie geen klemmende reden, waarom in zo'n geval bij goede trouw van de n.v. het besluit zou moeten worden vernietigd, en wel vanwege de nadelige gevolgen die aan zo'n vernietiging voor de n.v. kunnen ontstaan.

Pandrecht. Fiduciaire eigendom

92. Is de pandhouder van aandelen bevoegd de persoonlijke aandeelhoudersrechten zoals het verschijnen ter vergadering en het deelnemen aan de stemming als eigen recht uit te oefenen? Van der Heijden-Van der Grinten⁵

1. Handboek, nr. 201.

2. Handboek, 7e druk, nr. 224.2. In de 8ste druk, nr. 225 wordt volstaan met de opmerking, dat de stem ongeldig kan zijn omdat de volmacht niet schriftelijk is verleend.

3. A.w., p. 41.

4. Handboek, nr. 184.

5. Handboek, p. 301. Zie ook J. J. Polderman, *Effecten en effectenhandel*, 1935, p. 20 noot 1; toelichting-Meijers op art. 3.9.2.8. nieuw BW, Staatsdrukkerij 1954, p. 278.

menen van niet, volgens Cahen ¹ komt het stemrecht aan pandgever en pandhouder tezamen toe, en Eggens ² kent het stemrecht aan de pandhouder alleen toe.

Het komt mij voor, dat de pandhouder het stemrecht mist. Pandrecht beoogt zekerheid te verschaffen, niet een recht van gebruik. Bovendien zou door gebruikmaking van stemrecht het onderpand zelfs teniet gedaan kunnen worden. De oplossing van Cahen lijkt mij niet op de wet gebaseerd en bovendien onpraktisch. De pandhouder kan zich zoveel mogelijk beschermen door zich bij de vestiging van het pandrecht onherroepelijk tot uitoefening van stemrecht te laten machtigen met verbod aan de aandeelhouder zelf daarvan gebruik te maken op verbeurte van een boete. Anders dan Van der Heijden-Van der Grinten ³, lijkt mij een dergelijke verbod geoorloofd. Een andere mogelijkheid is de aandeelhouder van zijn stemrecht te laten gebruik maken, doch tevoren de aandelen bij de n.v. te deponeren onder de verplichting van de kant van de n.v. deze na afloop van de vergadering of de stemming slechts aan de pandhouder af te geven. Een door een pandhouder als eigen recht uitgebrachte stem acht ik ongeldig.

Bij fiduciaire eigendom van aandelen zou ik hetzelfde willen laten gelden als bij pand, dus stemrecht slechts voor de originaire eigenaar. Anders oordelen Rb. Amsterdam 3 mei 1938, NJ 1938, 1112 en Van der Heijden-Van der Grinten ⁴. Volgens hen verkrijgt de fiduciaire eigenaar de volledige aandeelhoudersrechten. Ik zie echter niet voldoende grond voor een zo belangrijk verschil in gevolgen tussen pand en fiduciaire eigendom. Dit laatste, een veredelde vorm van bezitloos pandrecht, beoogt evenals pand zekerheid te verschaffen, maar geen gebruiksrecht, en geeft daarom toch ook maar beperkte (zekerheids-)rechten, stellig niet volledige aandeelhoudersrechten.

In het nieuwe BW wordt in art. 3.9.2.8. 1 thans uitdrukkelijk bepaald, dat bij pand het stemrecht aan de aandeelhouder blijft. Men kan echter anders bedingen. Dit artikel geldt ook voor bezitloos pandrecht, dat in art. 3.9.2.2. 1, zij het dan ook slechts voor een beperkte categorie van goederen, officieel wordt erkend.

Vruchtgebruik

93. Bij vruchtgebruik ligt het anders dan bij pand en fiduciaire eigendom. Vruchtgebruik beoogt geen zekerheid te verschaffen doch recht op de vruchten van de zaak, en omvat daartoe het recht op het gebruik van de zaak en

1. J. L. P. Cahen, Stelling VIII behorend bij zijn dissertatie *Het cognossement*, Amsterdam, 1964.

2. WPNR 3481 (rechtsvraag). In WPNR 4068 (rechtsvraag) erkent hij dat de heersende leer het stemrecht aan de eigenaar toekent.

3. Handboek, nr. 217.1.

4. Handboek, nr. 184.

het recht om deze te beheren, in feite dus een gedeelte van de eigendomsrechten. Het recht van de eigenaar zelf is beperkt tot het instandhouden van de zaak, opdat hij in het volle genot daarvan kan treden zodra het vruchtgebruik ophoudt. Impliceert nu dit beperkte eigenaarsrecht toch nog het stemrecht?

Ja, zegt Polderman ¹ met een min of meer negatief argument: art. 44b K kent stemrecht slechts aan de aandeelhouder toe en de vruchtgebruiker is nu eenmaal geen aandeelhouder. Dit argument kan mij niet erg overtuigen. Blijkens de parlementaire geschiedenis is de bepaling van art. 44b lid 1 K in de wet gekomen om duidelijk te stellen dat niet ook aan obligatiehouders, houders van oprichtersbewijzen en soortgelijke belanghebbenden stemrecht kan worden verleend. Hun belang bij en recht op invloed op de gang van zaken werden weliswaar niet ontkend, maar dienden op andere wijze tot gelding te komen ². Daarmee is echter niet gezegd dat niet ook anderen dan de aandeelhouders zekere aandeelhoudersrechten kunnen hebben.

Ook Van der Heijden-Van der Grinten laten bij vruchtgebruik de aandeelhouder het stemrecht: het vruchtgebruik betreft het aandeel als schuldverordering, niet als lidmaatschapsverhouding; het lidmaatschap en de daaraan verbonden lidmaatschapsrechten zoals vergader- en stemrecht zijn aan de persoon van de aandeelhouder gebonden ³. Ook dit argument kan mij niet geheel bevredigen. De vruchtgebruiker verkrijgt nu eenmaal een gedeelte van de eigendoms- en dus van de aandeelhoudersrechten. Daarvan is het recht op de vruchten wellicht het belangrijkste maar niet het enige, immers ook het recht van gebruik en beheer komen hem toe. En kan men nu niet stellen, dat het recht op gebruik en beheer ook een aspect van de lidmaatschapsverhouding is? Deze lidmaatschapsverhouding is niet aan de persoon van de aandeelhouder gebonden, immers overdraagbaar. Dat is anders bij de vereniging, daar heeft de lidmaatschapsverhouding een persoonlijk karakter ⁴.

Nu de vruchtgebruiker recht van gebruik en beheer heeft, is hij op de eerste plaats de aangewezen persoon om handelend op te treden. Bij dit optreden oefent hij bepaalde aandeelhoudersrechten uit. Het komt mij voor, dat daaronder het vergader- en stemrecht is begrepen. Aldus ook Eggens ⁵ en Marcus ⁶. Ik zou echter een beperking willen aanbrengen. Wanneer uitoefening van stemrecht met zich mede brengt dat het aandeel teniet gaat, zoals bij een besluit tot ontbinding en liquidatie, dient de blote eigenaar mee te stemmen, althans zijn goedkeuring daaraan te hechten. Ik zie daar namelijk een beschikkingsdaad in, waartoe de vruchtgebruiker niet bevoegd is. Anders

1. A.w., p. 20 noot 1 en p. 228.

2. Art. 46a in het ontwerp, later 44b geworden, Belinfante 1929, p. 18, 80.

3. Handboek, 7e druk. nr. 185. In de 8ste druk, nr. 185 klinkt enige twijfel door.

4. Daarom zou ik de term lidmaatschap willen reserveren voor een deelnemer aan een vereniging.

5. WPNR 3245, 3429 (rechtsvragen).

6. E. J. A. Marcus, WPNR 4160, 4161.

dan Marcus meent ¹, lijkt mij dat niet nodig bij statutenwijziging. Het vennootschappelijk regiem aanpassen aan veranderde omstandigheden is nog geen beschikkingsdaad. Bestaat tussen vruchtgebruiker en blote eigenaar geen overeenstemming ingeval zij tezamen moeten stemmen, dan kunnen zij hun recht niet uitoefenen. Hun innerlijk tegengestelde stem is reeds daarom ongeldig.

Indien bij vruchtgebruik de blote eigenaar alleen stemt, is zijn stem derhalve ongeldig wegens strijd met de wet. Verdedigbaar lijkt mij, dat beroep hierop niet mogelijk dient te zijn, wanneer het gebrek aan de n.v. niet bekend noch kenbaar is. Wanneer bij stemming over ontbinding en liquidatie aan de vergadering of de n.v. bekend dan wel kenbaar is dat een vruchtgebruiker mee stemt, dient zij te onderzoeken of tussen vruchtgebruiker en blote eigenaar overeenstemming bestaat, wil zij een beroep op ongeldigheid kunnen afweren. Ik zie echter geen klemmende reden waarom, ingeval de blote eigenaar alleen stemt, bij goede trouw van de n.v. het besluit zou moeten worden vernietigd, en wel vanwege de nadelige gevolgen die aan zo'n vernietiging voor de n.v. kunnen ontstaan.

In het nieuwe BW wordt de controverse opgelost. In art. 3.8.17.3 wordt aan de vruchtgebruiker uitdrukkelijk het stemrecht toegekend, zelfs zonder beperking. Men kan echter anders overeenkomen.

Pauliana

94. Het uitbrengen van stem is als zelfstandige rechtshandeling onderhevig aan de werking van art. 1377 BW. Dit artikel is weliswaar thans in de titel betreffende obligatoire overeenkomsten geplaatst, doch bevat een vernietigingsgrond voor iedere vermogensrechtelijke rechtshandeling. Stemuitbrenging is zulk een rechtshandeling, immers verbonden aan het aandeel. In het nieuwe BW wordt het beginsel dan ook geregeld in boek 3 (vermogensrecht in het algemeen) titel 2 (rechtshandelingen); art. 3.2.11 is krachtens art. 2.1.8a 4 op het uitbrengen van stem mede toepasselijk.

Een crediteur van een besluitvormer kan op grond van art. 1377 BW de geldigheid van de door deze uitgebrachte stem betwisten, indien overigens aan alle vereisten die door wet, jurisprudentie en doctrine voor toepassing van dit artikel zijn gesteld is voldaan. Hierbij is te denken aan de onverplichtheid van de stemuitbrenging, het vereiste van benadeling van de crediteur en van de wetenschap van benadeling. Die wetenschap dient bij de besluitvormer én de n.v. te bestaan, tenzij er sprake is van een handeling om niet; dan is wetenschap bij de besluitvormer voldoende. Daarvan was sprake in het geval van Rb. Haarlem 1 juli 1941, NJ 1942, 32. De algemene vergadering van aandeelhouders trok het salaris van de enige bestuurder, tevens

1. WPNR 4161.

houder van nagenoeg alle aandelen, op diens verzoek geheel in, ter benadeling van crediteuren van die aandeelhouder-bestuurder. De stemuitbrenging en daardoor tevens het besluit waren ongeldig.

Stemrechtovereenkomst

95. De stemrechtovereenkomst neemt in de praktijk van het vennootschapsrecht een niet onbelangrijke plaats in. Bij een stemrechtovereenkomst verbinden stemgerechtigden zich tegenover elkaar om van het stemrecht slechts op een bepaalde wijze gebruik te maken of om er geen gebruik van te maken. Men denkt hierbij vooral aan het stemrecht van de houder van gewone aandelen, maar stemrechtovereenkomsten zijn evenzeer denkbaar tussen stemgerechtigden in andere organen. De drie bekende stemrechtarresten van de Hoge Raad betroffen steeds houders van gewone aandelen: 30 juni 1944, NJ 1945, 465 inzake Wennex; 13 nov. 1959, NJ 1960, 472 inzake Distilleerderij; en 19 feb. 1960, NJ 1960, 473 inzake Aurora.

De stemrechtovereenkomst tussen houders van gewone aandelen is in beginsel geoorloofd. Weliswaar is het stemrecht een onzelfstandig recht, in die zin dat het niet voor overdracht los van het aandeel vatbaar is, maar dat belet de aandeelhouder niet zich terzake de uitoefening van dat recht te verbinden. Immers, aldus de Hoge Raad in Wennex, de aandeelhouder is in het hem verleende stemrecht niet een recht in het belang van anderen toevertrouwd, doch een eigen recht gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen. Dit brengt mede, zo vervolgt de Hoge Raad, dat het de aandeelhouder – in overeenstemming met de vrijheid, die hij heeft om van zijn stemrecht in de algemene vergadering naar goeddunken gebruik te maken, mits dit niet ont-aardt in misbruik van recht – ook vrijstaat zich ten aanzien van de uitoefening van zijn stemrecht ter algemene vergadering contractueel jegens anderen te binden, als dit maar niet geschiedt op een wijze of onder omstandigheden, waardoor de overeenkomst tot maatschappelijk onbetamelijke gevolgen zou leiden. Deze grondslag is terug te vinden in de beide andere arresten, waaraan wordt toegevoegd dat de overeenkomst geen onbetamelijk karakter krijgt door de enkele omstandigheid, dat zij tot gevolg kan hebben dat de aandeelhouder zijn stem uitbrengt in andere zin dan waarin hij, niet gebonden zijnde, gestemd zou hebben op grond van zijn inzicht van dat ogenblik, al zou dat inzicht op zichzelf redelijk zijn. In het laatste arrest wordt daar verder nog aan toegevoegd, dat dit niet enkel geldt voor het recht om stem uit te brengen, maar ook voor de rechten die het mogelijk maken stemming over enig besluit te verkrijgen (bijeenroeping, agenda, enz.).

Diverse varianten van stemrechtovereenkomsten komen in de praktijk voor en zijn geoorloofd: die welke partijen verplichten bij staken van stemmen overeenkomstig het advies van een derde te stemmen (Wennex), die welke partijen verplichten volgens het resultaat van een voorvergadering te stemmen

(Distilleerderij), die welke iemand verplichten voor een bepaald voorstel te stemmen (Aurora en Hof 's-Gravenhage 11 juni 1943, NJ 1944, 241), die waarbij iemand zich verbindt slechts een beperkt aantal stemmen uit te brengen (A heeft 51 aandelen, B 49; zij komen overeen dat A op twee aandelen geen stem zal uitbrengen).

Uit de vorengemelde arresten blijkt, dat de contractuele gebondenheid op zich zelf geen grond is voor ongeldigheid wegens strijd met de wet van de overeenkomstig die gebondenheid in de aandeelhoudersvergadering uitgebrachte stem. Wijkt de aandeelhouder van de stemrechtovereenkomst af omdat hij zich daartoe als deelnemend aan het vennootschappelijk verband verplicht ziet, dan zal hij wellicht in de relatie tot zijn medecontractanten wanprestatie plegen. Maar ook dan wordt zijn stem op die grond niet ongeldig wegens strijd met de wet ¹. De Hoge Raad heeft namelijk in Wennex de uitoefening van het stemrecht geabstraheerd van de stemrechtovereenkomst. Andere gronden van ongeldigheid worden hiermee niet uitgesloten. Afwijken van een stemrechtovereenkomst opent naar mijn mening de mogelijkheid van toepassing van art. 1377 BW, omdat ik een ruime opvatting over de Pauliana huldig ².

In de stemrechtovereenkomst wordt dikwijls een volmacht tot stemuitbrenging verweven, veelal zelfs een onherroepelijke. In Distilleerderij heeft de Hoge Raad deze geldig geoordeeld. Deze wordt immers juist gegeven om zoveel mogelijk zekerheid te verschaffen dat conform de stemrechtovereenkomst wordt gestemd. De, al dan niet onherroepelijke, volmacht werkt echter niet privaat. De volmachtgever blijft vennootschapsrechtelijk bevoegd ter vergadering te verschijnen en stemrecht uit te oefenen. De gevolmachtigde moet dan wijken ³.

In andere aandeelhoudersorganen dan de algemene vergadering, zoals van houders van preferente of prioriteitsaandelen, treedt de aandeelhouder eveneens als aandeelhouder op. Ook dan geldt als uitgangspunt dat het stemrecht hem toekomt om zijn belang in de vennootschap te dienen en dat het hem vrijstaat zich terzake de uitoefening van dat recht contractueel te binden. Hetgeen hiervoor is gezegd met betrekking tot de algemene vergadering is ook hier toepasselijk.

Bestuurders en commissarissen hebben een dienende taak. Hun rechten

1. W. C. Treurniet, NV 37, p. 163 e.v.; P. W. van der Ploeg, WPNR 4691; Coebergh, NV 38, p. 228; Handboek, nr. 217.1. Voorzover ik heb kunnen nagaan is slechts Hijmans van den Bergh, NJ 60, 472 van mening dat afwijken van de stemrechtsovereenkomst wel op die enkele grond invloed kan hebben op de geldigheid van de stem. Volgens hem is het criterium of de andere ter vergadering aanwezige aandeelhouders (niet-partijen bij de stemrechtsovereenkomst) al dan niet weten of moeten weten dat een aandeelhouder stemt in strijd met zijn contractuele gebondenheid. Zo ja, dan zou de stem ongeldig zijn. Zo neen, dan zouden de andere aandeelhouders op de geuite wilsverklaring af mogen gaan, niet omdat doch alsof de aandeelhouder bevoegd was zijn stem aldus uit te brengen.

2. Anders Handboek, nr. 217.1.

3. Handboek, nr. 217.1.

zijn hun niet gegeven om hun belang in de vennootschap doch het belang van de vennootschap zelf te dienen. Men kan daarom niet stellen dat het hun naar goeddunken vrijstaat zich ten aanzien van de uitoefening van het stemrecht in bestuurs- en commissarissencollege contractueel jegens anderen te binden. Mocht dat toch gebeurd zijn, dan geldt naar mijn mening de door de Hoge Raad in Wennex aangebrachte abstractie ook hier: een dergelijke contractuele gebondenheid laat vennootschapsrechtelijk de stem onaangetast. In het vennootschappelijke kader heeft hun plicht het belang van de vennootschap te dienen voorrang boven de verplichting uit een stemrechtovereenkomst.

Ongeldigheid van stem wegens inbreuk op de wet leidt slechts indirect tot ongeldigheid van het besluit

96. Ongeldigheid van een uitgebrachte stem maakt het besluit nog niet zonder meer ongeldig, doch eerst dan wanneer dit besluit zonder rekening te houden met de ongeldige stem de vereiste meerderheid niet zou hebben verkregen. De ongeldige stem wordt, evenals de blanco stem, geacht niet te zijn uitgebracht. Onder uitgebrachte stemmen in art. 44d K moeten geldig uitgebrachte stemmen worden verstaan. Een ongeldige stem wordt geen tegenstem, evenmin als een blanco stem. Inmiddels is in het enige mij bekende geval uit de jurisprudentie hierover anders gedacht. Rb. Assen 4 jan. 1938, NJ 1939, 253, betreffende een coöperatieve vereniging, beschouwde een blanco stem als een uitgebrachte: de betreffende besluitvormer geeft te kennen, dat hij noch voor noch tegen is, maar wil zich wel laten horen en onthoudt zich dus niet van stemming. Dit argument lijkt mij onjuist. Stemmen is wilsuiting, een op een rechtsgevolg gerichte handeling. Degene die blanco stemt uit zijn wil juist niet, handelt niet en richt dus ook niet enige handeling op enig rechtsgevolg. Aan hem die ongeldig handelt wordt rechtsgevolg onthouden vanwege het gebrek; hij staat dan gelijk met degene die niet eens heeft gehandeld.

In de literatuur is hierover verschillend gedacht. Schadee¹ en Völlmar² hebben blanco stemmen als uitgebrachte beschouwd, Van Ketel³ en Van der Heijden-Van der Grinten⁴ bestrijden deze opvatting. Inmiddels staat het departement wel toe, dat in statuten wordt bepaald dat blanco stemmen als tegenstemmen worden beschouwd.

1. A. Schadee, NV 13, p. 73.

2. H. F. A. Völlmar, NV 21, p. 268.

3. A. B. A. van Ketel, NV 22, p. 35.

4. Handboek, nr. 219. Zie ook Van der Grinten, preadvies VBN, p. 21.

§ 5 ANDERE GEBREKEN IN DE WIJZE VAN TOTSTANDKOMEN WEGENS INBREUK OP DE WET

97. In de vorige paragraaf heb ik slechts een defect in de stém als eventuele oorzaak van ongeldigheid in de wijze van totstandkomen behandeld. Er zijn meer oorzaken. Het is niet doenlijk alle mogelijkheden na te gaan. Ik zal enkele voorbeelden bespreken.

Het orgaan dat tot een vergadering oproept

98. Wanneer bij de statuten niet anders is bepaald, zijn tot het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders zowel het bestuur als de commissarissen, zo die er zijn, bevoegd, art. 43b K. Onder het bestuur dient hier, indien er meer bestuurders zijn, te worden verstaan het college van bestuurders, onder de commissarissen de raad van commissarissen¹. Indien dan ook bij gemis aan een statutaire regeling daaromtrent de bijeenroeping niet door het college of de raad geschiedt, is de vergadering ongeldig belegd en zijn daardoor de daarop genomen besluiten ongeldig, HR 6 april 1936, NJ 1936, 1045. Het bepaalde in art. 47a K doet hieraan niets af. Dit artikel regelt vertegenwoordiging tegenover derden, hetgeen bijeenroepen ener algemene vergadering niet is. Bovendien, al zou men art. 47a K ruim uitleggen en daaronder ook het bijeenroepen kunnen rekenen, dan nog gaat een beroep op dat artikel niet op, omdat art. 43b K daaraan derogeeert.²

Het college van bestuurders kan één van hen aanwijzen teneinde de bijeenroeping daadwerkelijk te doen. De bijeenroeping geschiedt dan echter krachtens bestuursbesluit en gaat dus van het college uit. Indien geen regeling in de statuten is getroffen en één van twee bestuurders weigert zijn medewerking aan de bijeenroeping, kan een impasse worden vermeden door schorsing van de weigerachtige bestuurder en tijdelijke vervanging conform de statuten. Dat is echter slechts mogelijk indien er een commissaris met die bevoegdheid voorhanden is. Anders zal in kort geding een voorziening moeten worden gevraagd. Art. 43a K verplicht tot tenminste één algemene vergadering van aandeelhouders per jaar, zodat bij zulk een kort geding voor de jaarlijkse vergadering altijd wel voldoende belang aanwezig is.

Ontstaat zulk een impasse in de raad van commissarissen, statutair tot het bijeenroepen aangewezen, dan zal eveneens een kort geding uitkomst kunnen bieden. Te verdedigen is overigens dat in zo'n geval het bestuur alsnog tot bijeenroepen bevoegd is.

In de convocatie behoeft niet te worden vermeld, welk orgaan de oproep doet. Van belang is slechts dat een daartoe bevoegde zulks doet.³ Indien de

1. Nr. 75.

2. Zie ook HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101.

3. Handboek, nr. 208; Rb. Amsterdam 19 mei 1922, bevestigd door Hof Amsterdam 23 jan. 1923, NV 2, p. 370. Anders Rb. 's-Gravenhage 7 dec. 1934, W 12860.

oproeping niet of niet geldig is geschied, kunnen overeenkomstig het bepaalde in art. 43*h* K niettemin geldige besluiten worden genomen, mits met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

De art. 43*c* en 43*d* K regelen voor een minderheid van aandeelhouders een mogelijkheid om met rechterlijke machtiging zelf een algemene vergadering bijeen te roepen. De oproep moet dan vermelden, dat hij krachtens deze machtiging geschiedt. Bij gebreke van deze vermelding of bij niet-naleving van de voorwaarden die in de machtiging worden gesteld, is de oproeping ongeldig. De mogelijkheid tot deze wijze van bijeenroepen geldt, behoudens andersluidende statutaire regeling, niet voor vennootschappen welker statuten aandelen aan toonder niet toelaten.

Een nog verder gaande mogelijkheid biedt art. 43*e* K. Indien de krachtens wet of statuten tot oproepen bevoegde organen niet overgaan tot bijeenroeping van de in art. 43*a* K bedoelde jaarvergadering of een bij de statuten voorgeschreven vergadering, kan iedere aandeelhouder door de president van de rechtbank worden gemachtigd zelf daartoe over te gaan. De bepalingen van art. 43*d* K en hetgeen ik daarover heb gezegd zijn op zo'n geval van toepassing.

Coebergh meent, dat de algemene vergadering als 'hoogste macht in de vennootschap' ook tot haar eigen bijeenroeping kan besluiten en het bestuur dat besluit moet uitvoeren ¹. Ik zou een dergelijk besluit in beginsel niet ongeoorloofd willen achten, mits geldig tot stand gekomen. Elk orgaan heeft zijn eigen verantwoordelijkheid en het recht zich in vergadering te beraden. Art. 43*c* K regelt een minderheidsrecht, art. 43*e* K in nog duidelijker mate. Als de minderheid onder bepaalde omstandigheden een vergadering kan bijeenroepen, zou de meerderheid en dus het orgaan zelf dat dan niet kunnen? Mendel ontkent dit ².

Een praktische moeilijkheid zal echter zijn, hoe zo'n besluit van het orgaan geldig tot stand kan komen. Indien het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd en alle besluitvormers voor stemmen, kan het besluit geldig worden genomen zonder dat het op de agenda staat. Maar wanneer zich die situatie nu niet voordoet en het punt staat niet op een agenda, hoe krijgt dan de meerderheid het daar op? Dan blijft wettelijk slechts de weg van art. 43*c* of 43*e* K over.³

Wijze van oproepen

99. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, geschiedt de oproep tot een algemene vergadering door aankondiging in een nieuwsblad verschijnend in

1. Coebergh, NV 45, p. 144.

2. M. M. Mendel, NV 45, p. 178.

3. Zie hierover ook nr. 30, 100 en 220, alsmede J. C. R. Y. van Heekeren, NV 46, p. 170 e.v., wiens betoog mij aanvaardbaar voorkomt.

de gemeente of, bij gebreke daarvan, in de provincie waarin de n.v. is gevestigd, art. 43f K, behoudens in het geval van art. 41d lid 1 K. Doorgaans regelen de statuten de wijze waarop tot de algemene vergadering wordt opgeroepen.

Niet inachtneming van deze bepaling leidt tot ongeldigheid van de vergadering en de daarop genomen besluiten, HR 16 juni 1944, NJ 1944, 443. De ongeldigheid wordt opgeheven, wanneer het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd en alle besluitvormers voor stemmen.

Inhoud van de oproep en agenda

100. Aandeelhouders dienen te weten dat en waarover er vergaderd en besloten gaat worden, om te beoordelen of hun belangen hun aanwezigheid vergen. Slechts de te behandelen onderwerpen behoeven te worden bekend gemaakt, art. 43g K, niet welke voorstellen daaromtrent zullen worden gedaan¹. Het bekendmaken van de onderwerpen kan in de oproep zelf geschieden doch ook in een ter visie gelegde agenda, van welke tervisielegging dan in de oproep moet worden melding gemaakt.

De aard van de vergadering, gewoon of buitengewoon, behoeft niet in de oproep te worden vermeld, tenzij de statuten zulks uitdrukkelijk bepalen. Uit de te behandelen onderwerpen kan dit immers reeds blijken, Rb. Rotterdam 20 feb. 1911, W 9183.

Zoals ik reeds heb uiteengezet², biedt de wet aan aandeelhouders hoegeenaamd geen rechtstreeks middel om bepaalde onderwerpen op de agenda te krijgen. De (aanvullende werking van) de goede trouw kan hun daarbij echter hulp bieden. Onder omstandigheden kan het convocerend orgaan gehouden zijn, een onderwerp op de agenda te plaatsen op verzoek van aandeelhouders.³

Wanneer de agenda niet in de oproep is opgenomen en evenmin daarin is medegedeeld dat deze ter visie ligt ten kantore der vennootschap, heeft dit nog geen ongeldigheid van de vergadering tot gevolg, doch slechts van een op die vergadering genomen besluit. De sanctie is immers volgens art. 43g K, dat dan over onderwerpen ten aanzien waarvan die fout is begaan niet geldig kan worden besloten, tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd.

Ongeldigheid van een besluit is aangenomen door Pres. Rb. Arnhem 15 juni 1923, NJ 1923, 1341: ontslag van een bestuurder kwam niet op de agenda voor; Rb. Amsterdam 22 maart 1935, NJ 1936, 327: schorsing van commissaris kwam niet op de agenda voor.

1. In het ontwerp voor een statuut van een Europese n.v. wel, art. IV-3-3 lid 2; een minderheid kan tegenvoorstellen indienen, die eveneens moeten worden gepubliceerd. Zie hierover Maeyer, NV 45, p. 215.

2. Nr. 30 en 98. Zie ook nr. 220.

3. J. C. R. Y. van Heckeren, NV 46, p. 170 e.v.

Termijn van de oproep, termijn en plaats van tervisielegging der agenda

101. Aandeelhouders dienen niet alleen te weten dat en waarover er vergaderd en besloten gaat worden, doch moeten daarvan ook tijdig op de hoogte zijn, althans kunnen zijn, teneinde zich voor te bereiden, zich van advies te voorzien, overleg met andere aandeelhouders te plegen, enz. De wet neemt daarvoor, behalve in de bijzondere gevallen van de art. 43c t/m e K, een termijn van minimaal vijf dagen, art. 43h K. Men dient hieronder vrije dagen te verstaan ¹. Deze wettelijke termijn geldt zowel voor de oproeping als voor de tervisielegging van de agenda en kan bij de statuten niet verkort doch wel verlengd worden.

Heeft de agenda niet tijdig of niet op de juiste plaats ter visie gelegen, dan is de vergadering daardoor niet, doch een daarop genomen besluit wel ongeldig. Art. 43h K noemt immers als sanctie, dat geen geldige besluiten kunnen worden genomen, tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Naar uit de tekst van art. 43h K zou zijn op te maken, zou ook ingeval de oproep niet tijdig heeft plaats gevonden de vergadering nog niet ongeldig zijn. Van der Heijden-Van der Grinten menen echter dat dan slechts van een geldige vergadering sprake kan zijn, wanneer het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd ².

Plaats van de vergadering

102. Indien de statuten hieromtrent niets bepalen, dient de algemene vergadering te worden gehouden in de gemeente waar de n.v. is gevestigd, art. 44 K.

Wordt een vergadering niet op de juiste plaats belegd, dan zijn de aldaar genomen besluiten ongeldig, tenzij het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. De besluiten behoeven, om geldig te zijn, niet met algemene stemmen te worden genomen.

Deelneming aan de vergadering

103. Het recht op deelneming aan de vergadering, om aldaar het woord te voeren en stem uit te brengen, het belangrijkste zeggenschapsrecht van de aandeelhouder, mag niet worden beperkt doch wel nader geregeld, art. 44a K. Het recht het woord te voeren strekt zich slechts uit tot agendapunten.

De bijwoning van de vergadering kan in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde geschieden, art. 44a lid 1 K. Rb. Amsterdam 22 maart 1935, NJ

1. Verslag Tweede Kamer, Belinfante 1929, p. 206.

2. Handboek, nr. 210.

1936, 327 besliste met een beroep op dit artikel, dat verschijning tegelijk in persoon én bij schriftelijk gevolmachtigde dus niet mogelijk was. Weigering tot toelating van een gemachtigde, nu de aandeelhouder ook persoonlijk aanwezig was, al was hij tevens als commissaris daar en niet voornemens zijn aandeelhoudersrechten zelf uit te oefenen, deed dan ook geen afbreuk aan de geldigheid van de gehouden vergadering en de aldaar genomen besluiten, aldus de rechtbank.

Over dit vraagstuk is getwijfeld. Het heeft twee aspecten, te weten:

1. of een houder van één aandeel tegelijkertijd in persoon en bij gemachtigde kan verschijnen, en
2. of een houder van meer aandelen voor elk aandeel een gemachtigde kan aanwijzen dan wel slechts óf zelf óf bij gemachtigde aan de vergadering kan deelnemen.

De discussies betroffen steeds de tweede vraag. De eerste vraag moet stellig ontkennend worden beantwoord, omdat anders voor één aandeel dubbele rechten (deelnemen aan de vergadering, het woord voeren) zouden worden uitgeoefend.

De tweede vraag, derhalve of aan ieder aandeel afzonderlijk een recht van verschijnen, spreken en stemmen is verbonden, is ontkennend beantwoord door Meyer ¹, Schadee ² en De Baat ³, doch bevestigend door Kamphuisen ⁴, Treurniet ⁵ en Van der Heijden-Van der Grinten ⁶. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2.3.4.11 nieuw BW ⁷ blijkt, dat het ontkennende standpunt geen enkele verdediging meer heeft. Zowel de Tweede Kamer als de minister als de regeringscommissaris Drion verklaarden zich voorstanders van verschijningsrecht c.a. voor ieder afzonderlijk aandeel. Het kamerlid Berkhouwer heeft, teneinde die opvatting duidelijk in het nieuwe BW tot uitdrukking te laten komen, nog een amendement voorgesteld, nl. wijziging van de zin 'Ieder aandeelhouder is bevoegd, hetzij in persoon hetzij bij een schriftelijk gevolmachtigde, de algemene vergaderingen bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen' in: 'Voor ieder aandeel is de aandeelhouder bevoegd, hetzij in persoon hetzij bij een schriftelijk gevolmachtigde, . . .'. De regering heeft dit amendement bestreden, ondanks erkenning van de juistheid van het door Berkhouwer verdedigde standpunt, en zich beperkt tot wijziging van de woorden 'hetzij . . . hetzij' in 'of', waarmee de Kamer uiteindelijk is akkoord gegaan.

Of nu het standpunt, dat verschijningsrecht aan ieder afzonderlijk aandeel is verbonden, uit deze wijziging duidelijk blijkt, valt met Van der Grinten ⁸

1. M. Meyer, NV 13, p. 97 e.v.

2. Schadee, NV 26, p. 51.

3. M. G. de Baat, NV 34, p. 105.

4. Kamphuisen, NV 25, p. 213.

5. Treurniet, NV 34, p. 106.

6. Handboek, nr. 212. In de 4e druk, nr. 212 wordt nog het tegendeel gesteld.

7. Van Zeven, p. 602-612.

8. NV 36, p. 97 sub 5c.

te betwijfelen. Dit standpunt blijkt inmiddels wel duidelijk uit de wetsgeschiedenis van dit artikel.

Indien het gehele geplaatste kapitaal ter vergadering is vertegenwoordigd, ook al is die vergadering belegd met miskenning van het bepaalde in de art. 43g, 43h en 44 K, kunnen niettemin geldig besluiten worden genomen. Volgens Rb. Maastricht 17 juni 1937, NJ 1938, 42 moet het voltallig zijn van die vergadering worden beoordeeld naar het ogenblik van aanvang. Is dit wel juist? Ongetwijfeld zal toch voltalligheid tijdens beraadslaging en stemming over een bepaald punt eerder beslissend zijn voor de geldigheid van het besluit. Wellicht heeft de rechtbank niet bedoeld dat uit te sluiten, omdat in het door haar berechte geval enkele aandeelhouders wel bij de aanvang doch niet daarna aanwezig waren. Maar ook in dat geval moet aan de geldigheid van na hun vertrek genomen besluiten worden getwijfeld. De aandeelhouder immers, die toevallig kennis krijgt van een met miskenning van de art. 43g of 43h K belegde vergadering en in de gelegenheid is slechts een gering gedeelte van de vergadering bij te wonen, zou de na zijn vertrek genomen besluiten niet meer kunnen aantasten; om die mogelijkheid open te houden, zou hij helemaal moeten wegblijven! Inmiddels wordt hierover ook door Van der Heijden-Van der Grinten ¹ anders dan door mij gedacht. Zij achten voldoende, dat alle aandeelhouders tijdens het nemen van het besluit of voordien ter vergadering aanwezig zijn geweest.

Bestuurders en commissarissen hebben als zodanig in de algemene vergadering een raadgevende stem. Een redelijke wetsinterpretatie vergt, dat zij dan ook tot bijwoning dienen te worden opgeroepen en recht op deelnemen aan en spreken in de vergaderingen hebben. Miskenning van dit recht kan tot ongeldigheid van vergadering en daarop genomen besluiten leiden. Brengt schorsing van een bestuurder of commissaris nu ook schorsing van dit recht mee? Rb. Haarlem 22 maart 1949, NJ 1950, 77 beantwoordde die vraag nogal ongenueanceerd ontkennend: de geschorste directeur kon niet op nakoming van enige verplichting aanspraak maken. Dat lijkt mij te ver te gaan. De rechtsband tussen de bestuurder of commissaris en de n.v. is door de schorsing niet beëindigd. Zo blijft in beginsel aanspraak bestaan op doorbetaling van salaris, bewoning van een dienstwoning, enz. Het recht op bijwoning van de vergaderingen wordt wel geschorst, behoudens om zich te verdedigen. Of meer rechten blijven bestaan zal met behulp van de goede trouw moeten worden opgelost ².

Leiding van de vergadering

104. Slechts met betrekking tot de algemene vergadering, bijeengeroepen

1. Handboek, nr. 211.

2. Van der Grinten, NV 30, p. 77-78.

door aandeelhouders met rechterlijke machtiging, zegt de wet iets over de leiding en dan nog weinig, art. 43d lid 1 K: de president van de rechtbank kan in dat geval in de leiding voorzien. De statuten kunnen regels omtrent de leiding geven en doen zulks gewoonlijk slechts met betrekking tot de algemene vergadering. De in rang oudste directeur of commissaris wordt meestal aangewezen. Zwijgen de statuten, dan dient de vergadering zelf in het voorzitterschap te voorzien; leiding van een vergadering is nu eenmaal nodig.

In het nieuwe BW is de functie van voorzitter nog in belang toegenomen, omdat zijn ter vergadering uitgesproken oordeel dat door de vergadering een besluit is genomen beslissend is, art. 2.1.8.1¹. Krachtens art. 2.1.9a geldt dit zowel in een algemene vergadering van aandeelhouders als in vergaderingen van andere organen.

Bij gebreke van een statutaire regeling geschiedt de aanwijzing van de voorzitter, behoudens in het geval van art. 43d lid 1 K, bij besluit van de vergadering zelf. Dit besluit dient evenzeer als elk besluit aan alle vereisten te voldoen. Het besluit kan ook stilzwijgend genomen worden, nl. doordat wordt geaccepteerd dat een niet door de statuten aangewezen en niet door de vergadering uitdrukkelijk benoemde voorzitter de vergadering leidt.

De voorzitter bepaalt de volgorde van behandeling van de agendapunten, wie het woord krijgt, of over een onderwerp voldoende is beraadslaagd, wanneer tot stemming wordt overgegaan: in het algemeen het verloop van de vergadering. In afwijking daarvan kan echter de vergadering anders besluiten. Besluitvorming daarover moet hij als een punt van orde toelaten.

De voorzitter is bevoegd de vergadering te schorsen mits die schorsing een slechts betrekkelijk korte tijd duurt waardoor de samenhang van de vergadering niet verloren gaat². Hij is niet bevoegd de vergadering te sluiten voordat de agenda is afgewerkt, tenzij de vergadering zelf daartoe beslist³.

Gaat de voorzitter tegen de wil van de vergadering tot een langdurige schorsing of tot sluiting over, dan kan de vergadering geldig worden voortgezet en kan zij geldig besluiten nemen zonder de leiding van de desbetreffende voorzitter, mits in de benoeming van een nieuwe voorzitter op statutair juiste wijze wordt voorzien.

Andere organen dan de algemene vergadering

105. De in deze paragraaf behandelde casusposities betreffen steeds besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders. In de wet zijn slechts

1. 'Tenzij de statuten anders bepalen, is het ter algemene vergadering van een vereniging of naamloze vennootschap uitgesproken oordeel van de voorzitter, dat door de vergadering een besluit is genomen, beslissend. Hetzelfde geldt voor de inhoud van een genomen besluit, voor zover gestemd werd over een niet schriftelijk vastgelegd voorstel.'

2. H. in WPNR 4081 (rechtsvraag).

3. Hof 's-Gravenhage 10 april 1903, W 7938 terzake een coöperatieve vereniging.

voor de wijze van totstandkomen van deze besluiten regels gesteld. De wijze van totstandkomen van besluiten van andere organen moet worden beoordeeld aan de hand van de statuten en de goede trouw.

In beginsel is er geen verschil tussen de besluitvorming van een meerhoofdig en van een éénhoofdig orgaan. Kwesties als hier behandeld komen echter bij een eenhoofdig orgaan in de praktijk niet veel voor. Toch zijn ze niet onmogelijk, bijv. in een eenmans-n.v. waarin de enige aandeelhouder niet tevens bestuurder is.

§ 6 ONGELDIGHEID WEGENS STRIJD MET DE WET IS IN SOMMIGE GEVALLEN NIETIGHEID, IN ANDERE GEVALLEN VERNIETIGBAARHEID

106. Naar ik heb uiteengezet ¹ geeft art. 46a K slechts een beperkt antwoord op de vraag in welke gevallen een ongeldigheid nu nietigheid dan wel vernietigbaarheid oplevert. Met name is niet uit lid 1 af te leiden, dat de ongeldigheid van een besluit in het algemeen slechts een vernietigbaarheid is. Dat lid is niet een op zichzelf staande bepaling. Het is in de wet gekomen om duidelijk uit te drukken dat vernietigbaarheid wegens een gebrek in de wijze van totstandkomen ook bij zelfstandige actie en niet alleen ten verwere kan worden ingeroepen.

In paragraaf 2 van dit hoofdstuk heb ik behandeld wanneer een besluit ongeldig kan zijn wegens gemis aan wettelijke bevoegdheid van welk orgaan ook. Ik heb daarbij onderscheid gemaakt tussen inbreuk op het gemene recht en op het vennootschapsrecht. Voor wat het gemene recht betreft komt praktisch slechts art. 1377 BW aan de orde. Een beroep op dit artikel is een beroep op vernietigbaarheid. Het beroep alleen is zelfs reeds voldoende om de nietigheid te doen intreden, een uitspraak van een rechter is daartoe niet nodig ².

Inbreuk op het vennootschapsrecht bij gemis aan bevoegdheid van ieder orgaan maakt het besluit slechts dan nietig, wanneer het overtreding van een dwingende norm betreft, een norm waarvan niet bij de statuten kan worden afgeweken. Te denken is daarbij bijv. aan een besluit tot persoonlijke aansprakelijkheid der aandeelhouders voor hetgeen in naam der n.v. wordt verricht, art. 36 K; of tot het opleggen van verplichtingen op aandeelhouders uitgaande boven de stortingsplicht, art. 38b K. Van het bepaalde in art. 39d of 42d K kan statutair worden afgeweken. Inbreuk op deze artikelen zie ik dan ook slechts als vernietigbaarheid, ook al is in feite daarvan in de statuten niet afgeweken. De Hoge Raad leert in het Forumbankarrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 wel dat de verschillende organen zelfstandige bevoegd-

1. Hoofdstuk II, paragraaf 3.

2. Hoofdstuk II, paragraaf 2.

heden hebben, maar niet dat inbreuk daarop noodzakelijk tot nietigheid in plaats van vernietigbaarheid leidt. Ditzelfde geldt naar mijn mening bij onbevoegdheid van het orgaan in een geval waarin de materie tot de competentie van een ander orgaan behoort: nietigheid wanneer het inbreuk op een dwingende norm betreft, vernietigbaarheid wanneer statutair van de wettelijke bepaling kan worden afgeweken, ook al is er in feite statutair niet van afgeweken. De bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering heb ik in nr. 75 onderscheiden in vier categorieën, te weten: a. kernbevoegdheden, b. andere niet-overdraagbare, c. wel overdraagbare, en d. overige niet nader in de wet geregelde bevoegdheden. De onder a en b begrepen bevoegdheden zijn dwingend aan de aandeelhouders toegekend, de statuten kunnen deze niet naar andere organen overhevelen. Slechts zo'n besluit van een ander orgaan is nietig; de overige zijn vernietigbaar.

Welke bevoegdheden vervreemdbaar en welke onvervreemdbaar door de wet aan het bestuur zijn toegekend, is niet geheel duidelijk. Van enkele bevoegdheden kan gesteld worden, dat deze niet-overdraagbaar aan het bestuur toekomen, zoals het opmaken van de balans en winst- en verliesrekening, art. 42 K; het bijwonen van en adviseren in de algemene vergadering, art. 44a lid 3 K; en het uitbrengen van het jaarverslag, art. 49 K. Besluiten van andere organen die op deze bestuursbevoegdheden inbreuk maken zijn dan ook nietig. Uitdrukkelijk wel overdraagbaar zijn bevoegdheden zoals het bijeenroepen van de algemene vergadering, art. 43b K; en het fungeren als vereffenaar, art. 55d lid 1 K. Inbreuk hierop door een ander orgaan leidt tot vernietigbaarheid. Maar overigens is in het algemeen moeilijk aan te geven welke besluiten van andere dan bestuursorganen nietig zijn wegens inbreuk op wettelijke bestuursbevoegdheden. Dat zal naargelang van omstandigheden moeten worden bepaald. Ik ben geneigd het zo te stellen, dat van vervreemdbaarheid en dus vernietigbaarheid moet worden uitgegaan, tenzij in een concreet geval het bestuur geacht moet worden een bepaalde bevoegdheid krachtens de wet onvervreemdbaar te bezitten.

Een bijzondere vraag roept art. 47 K op. De daarin genoemde bevoegdheden kunnen in de statuten worden *beperkt*. Zoals ik echter reeds heb uiteengezet¹, dienen de statuten het wezen van het bestuur niet uit te hollen. Het lijkt mij, dat aan het bestuur steeds een minimum van de drie in dit artikel genoemde deeltaken moet blijven. Het artikel staat een *beperken* toe, niet een totaal *ontnemen* van die bevoegdheden. De praktische moeilijkheid is echter het minimum aan te geven. Zie hierover nader nr. 75. Ik ben ook hier geneigd om, uit praktische overwegingen, van overdraagbaarheid en vernietigbaarheid uit te gaan, tenzij in een concreet geval de bevoegdheid geacht moet worden aan het bestuur onvervreemdbaar toe te komen.

Aan commissarissen zijn in de wet slechts twee onvervreemdbare bevoegdheden toegekend, nl. die krachtens de art. 44a lid 3 en 51b K. Inbreuk door

1. Nr. 75.

andere organen op deze bevoegdheden leidt dus tot nietigheid van het besluit. Inbreuk door andere organen op de overige bevoegdheden van commissarissen leidt tot vernietigbaarheid.

Inbreuk op de in de wet geregelde wijze van totstandkomen, of het nu een gebrek in de stem of enige andere vormfout betreft, leidt steeds tot vernietigbaarheid van het besluit, en zulks voor wat het aandeelhoudersbesluit betreft krachtens het bepaalde in art. 46a lid 2 K. Zie hierover uitvoeriger hoofdstuk II paragraaf 3.

107. In de regeling van het nieuwe BW zijn besluiten, die in strijd komen met de wettelijke bepalingen terzake de bevoegdheid van de organen en de wijze van totstandkomen, vernietigbaar; art. 2.1.8a 1 sub a en 2.1.9a. Ik betwijfel of de wetgever zich de consequenties hiervan goed heeft gerealiseerd. Dit zou immers betekenen, dat inbreuk op onoverdraagbare bevoegdheden niet, zoals naar huidig recht, nietigheid oplevert. Wanneer bijv. het bestuur een de aandeelhouders onbekend besluit tot statutenwijziging neemt en uitvoert en de aandeelhouders daarvan ondanks publikatie eerst na één jaar kennis krijgen, blijft het besluit geldig. Dat lijkt mij onaanvaardbaar. Wel is toe te juichen dat bij ongeldigheid van besluiten zoveel mogelijk naar vernietigbaarheid wordt gestreefd. Maar daarvan dienen met name de kernbevoegdheden van de aandeelhouders te worden uitgezonderd.

V. Ongeldigheid van het besluit wegens strijd met de statuten

§ 1 INLEIDING

De statuten vormen het eigen bindende kader van de naamloze vennootschap

108. De statuten gelden voor de n.v. als objectief recht ¹. Zij vormen het kader, waarbinnen de n.v. onderscheiden van iedere andere n.v. middels haar organen werkt. De algemene vergadering en het bestuur ontleen in het algemeen hun bevoegdheid aan de wet, maar daarnaast specifiek in iedere afzonderlijke n.v. aan de voor die n.v. geldende statuten. De overige organen ontleen, nu zij krachtens de wet slechts facultatief zijn, hun bevoegdheid volledig aan de statuten, behoudens voor wat de commissarissen betreft voorzover zij dwingende rechten hebben, t.w. die krachtens art. 44a lid 3 en 51b K. Geen der organen mag de statuten terzijde stellen. Niet omdat de statuten een obligatoire betrekking tussen de aandeelhouders onderling of tussen de n.v. en haar organen vormen, zoals volgens de contractuele visies wordt geleerd ², doch omdat de statuten gestalte geven aan de eigen persoonlijkheid van de n.v.

Allereerst intern, dus binnen de grenzen van de vennootschap, dienen de organen die gestalte geen afbreuk te doen. Doch ook extern zijn zij aan dat kader gebonden.

De wet geeft dwingende voorschriften omtrent het totstandkomen, art. 36 lid 2 en 36b K, de inhoud, art. 36c, 36d, 48 en 48b K, en het openbaar maken, art. 36f K, van de akte van oprichting, waarin de statuten zijn opgenomen. Zij moet worden ingezonden aan het ministerie van justitie ter verkrijging van de verklaring, zonder welke de vennootschap niet kan aanvangen, art. 36e K. Voor wijziging van de statuten zijn wederom in de wet speciale regels gesteld, art. 41d, 41h en 45 t/m 45e K. Deze zorgvuldige wettelijke regeling wijst er reeds op dat al dan niet naleving van de statuten niet ter vrije beoordeling van de betrokkenen staat.

1. Asser-Van der Grinten, p. 167.

2. Hoofdstuk I, paragraaf 1.

De bindende wettelijke regels terzake de statuten zijn allereerst voor de aandeelhouders gesteld, voor hun samenwerkingsverband. Dat totstandkoming en wijziging van de statuten met de nodige waarborgen zijn omgeven, strekt primair tot hun belang. De wettelijke regels zijn echter soms mede gegeven tot waarborg voor derden. De doelomschrijving bijv. is én voor aandeelhouders én voor derden van belang. Afscheiding van vermogen en daardoor beperking van aansprakelijkheid is immers een voorrecht en moet dan ook tot dat bepaalde doel beperkt blijven. Zowel aandeelhouders als derden hebben er recht op te weten of het afgescheiden vermogen ook werkelijk tot dat doel wordt aangewend.

Sommige bepalingen zijn echter louter tot waarborg voor derden bestemd, zoals de verplichting tot publikatie van statuten en van wijziging daarvan.

De gebondenheid aan de statuten blijkt voorts uit hetgeen de wet vermeldt omtrent de bevoegdheid der verschillende organen. Aan de algemene vergadering behoort alle bevoegdheid die niet aan het bestuur of aan anderen toekomt, maar binnen de perken van (de wet en) de statuten, art. 43 K. Het bestuur is met diverse taken belast, maar binnen de perken die de statuten hem stellen, art. 47 K. De n.v. zelf is in beginsel gevrijwaard tegen overschrijding van de statutaire bevoegdheid door het bestuur, art. 47b K. Als er een commissaris is, moet zijn taak in de statuten worden geregeld, art. 50 lid 2 K.

Tijdens de parlementaire vorming van de huidige wet noemde de regering het een axioma, dat van de statuten niet kon worden afgeweken, ook niet al zouden alle aandeelhouders daarin toestemmen¹. Bij zijn arrest van 8 april 1938, NJ 1938, 1076 formuleerde de Hoge Raad dit nog eens duidelijk: 'dat de wet geen grond oplevert om aan te nemen, dat een besluit der algemeene vergadering van aandeelhouders de kracht der statuten wel vermag te verbreken indien het is genomen met de stemmen van alle aandeelhouders, integendeel de geschiedenis der wet daartegen spreekt'. Deze opvatting is, naar ik dacht, van dezelfde strekking als die van het Forumbankarrest².

De statuten dienen als het kader, waarbinnen de vennootschap onder telkens wisselende omstandigheden werkt, te kunnen worden aangepast aan deze omstandigheden. Een star vasthouden aan een eenmaal gekozen stramien zou de gezonde mobiliteit in het maatschappelijk verkeer belemmeren. Vóór de wet van 1928 is wel eens betwijfeld of tot statutenwijziging kon worden besloten bij eenvoudig meerderheidsbesluit. Bij de contractuele visie paste dat statutenwijziging slechts met medewerking van alle aandeelhouders mogelijk was. Krachtens art. 45 K is thans een volstrekte meerderheid voldoende, tenzij de statuten zelf een grotere meerderheid vergen. Indien de bevoegdheid tot wijziging statutair is uitgesloten, is wijziging toch mogelijk met medewerking van alle aandeelhouders.

1. Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1924-1925, Bijlagen nr. 69.2.

2. Nr. 76.

Aanpassing van statuten kan met terugwerkende kracht geschieden, mits verworven rechten worden gerespecteerd.

In veel statuten worden diverse bepalingen uit de wet overgenomen. In geval van inbreuk daarop, is er sprake van strijd met de wet; de strijd met de statuten heeft dan geen zelfstandige betekenis. Dit is eerst het geval, wanneer van een wettelijke bepaling van regelend recht in de statuten is afgeweken, dan wel een onderwerp is geregeld waarover de wet in het geheel niets zegt.

Uitleg van statuten

109. Vooraleer kan worden beoordeeld of een besluit overeenkomstig de statuten is, dient de betekenis van de statutaire bepalingen te worden nagegaan. Bij de contractuele visie kon hiertoe een beroep worden gedaan op de uitlegregels van boek 3 titel 2 afdeling 4 BW, art. 1378 t/m 1387. Toch werd daarbij soms wel ingezien, dat toepassing van deze regels zonder meer tot ongewenste en wellicht onjuiste gevolgen kon leiden; Hof Amsterdam 1 april 1937, NJ 1938, 13: al zijn de statuten van een vereniging als een overeenkomst tussen de leden te beschouwen, zij vereisen toch een andere methode van uitleg dan bij uitleg van overeenkomsten in het algemeen wordt toegepast. Met het eerste deel van deze overweging ben ik het niet eens, wel met het slot. Statuten vereisen juist door hun van overeenkomsten afwijkend karakter ook met betrekking tot de uitleg een andere benadering¹. Dit neemt niet weg, dat van enkele beginselen in art. 1378 t/m 1387 BW uitgedrukt wel gebruik kan worden gemaakt, zoals in de art. 1380, 1382 en 1384 BW.

De statuten moeten naar hun redelijke zin worden verstaan, de letterlijke tekst behoort niet doorslaggevend te zijn. De strekking is van belang; Hof Amsterdam 30 april 1942, in HR 29 jan. 1943, NJ 1943, 198. Is de tekst van een statutaire bepaling op zichzelf duidelijk en dus slechts voor één uitleg vatbaar, dan behoort toch de strekking daarvan tegen de achtergrond van de totale vennootschappelijke inrichting in aanmerking te worden genomen.

Tot wat voor vreemde en onaanvaardbare gevolgen een al te letterlijke toepassing van een bepaling kan leiden wanneer daarbij niet voldoende gelet wordt op de strekking, demonstren de arresten van de Hoge Raad van 6 dec. 1929, NJ 1930, 109 en 20 maart 1930, NJ 1930, 650, die weliswaar een onderlinge verzekeringsmaatschappij betreffen, doch in dit verband illustratief zijn.

De beide arresten behandelen een zelfde casus, een besluit tot wijziging van het reglement. Volgens dit reglement moest oproeping voor een buitengewone algemene vergadering geschieden door de directie per convocatie aan de voorzitters der kringcommissies, die deze dan moesten doorgeven aan de leden van de desbetreffende kring. De oproeping vond in

1. Maeijer, NV 44, p. 119.

INLEIDING

feite plaats per advertentie in het maandblad, dat als officieel orgaan der maatschappij aan alle leden werd toegestuurd.

Het Hof 's-Gravenhage verwierp de eerste maal het bezwaar tegen deze wijze van oproepen, omdat de voorzitters der kringcommissies ook leden waren en de oproep middels het maandblad naar alle leden en dus ook naar die voorzitters was verzonden; de afwijking mocht dus geen afwijking heten. De tweede maal drukte het hof zich iets meer onomwonden uit en besliste, dat de oproep weliswaar niet overeenkomstig het reglement had plaats gevonden, maar dit toch geen bezwaar was omdat de gevolgde wijze beter aan de bedoeling van het reglement tegemoet kwam. De eerste beslissing van het hof werd door de Hoge Raad gesanctioneerd, 6 dec. 1929: er was geen afwijking. De tweede beslissing werd gecasseerd, 20 maart 1930: 'dat de omstandigheid, dat de gevolgde wijze van oproepen naar het hof vaststelt beter aan de bedoeling van het reglement tegemoet kwam dan de voorgeschreven wijze, niet terzake doet omdat de rechter niet bevoegd is in de tussen partijen bestaande overeenkomsten verandering te brengen, al meent hij dat door die verandering de belangen van beide partijen worden gediend'.

Dat dit resultaat onbevredigend is, spreekt vanzelf ¹. Twee tegenstrijdige uitspraken: volgens de ene was het besluit geldig, volgens de andere niet. En onmiskienbaar was toch de strekking van de bepaling in het reglement, dat de oproep alle leden moest bereiken, nageleefd! De leemte, die zich in het reglement bleek voor te doen – er was immers niet voorzien in oproeping per advertentie in het maandblad – had met behulp van de goede trouw door de Hoge Raad kunnen worden opgevuld.

Meer bevredigde de beslissing van Hof 's-Hertogenbosch van 25 okt. 1927, NJ. 1934, 926 terzake een coöperatieve vereniging:

Uit de statutaire bepaling volgt, dat indien een stemming nodig is om te doen blijken of een besluit omtrent zaken is genomen bij volstrekte meerderheid van stemmen, zodanige stemming mondeling moet geschieden; wanneer echter op een andere wijze vaststaat, dat een besluit omtrent zaken bij volstrekte meerderheid van stemmen is genomen, is een mondelinge stemming niet vereist en kan ook niet de bedoeling van de statutaire bepaling geweest zijn.

Nog sprekender was Rb. Utrecht 27 april 1932, NJ 1934, 938:

Ondanks dat de statuten mondelinge stemming eisen is schriftelijke geen bezwaar, omdat de betrokkene daardoor nooit geschaad kan zijn.

In beide gevallen werd dus naar de strekking van de desbetreffende bepalingen gezocht.

110. Is de tekst van een statutaire bepaling niet duidelijk, dan dient naar de betekenis daarvan te worden gezocht los van de subjectieve bedoeling van de makers van die bepaling ² en los van de opvatting van de organen. De statuten hebben immers door de publikatie in de staatscourant en de inschrijving

1. P. Scholten in een noot onder het laatste arrest in NJ.

2. Handboek, nr. 78; Löwensteyn, diss., p. 137; Macijer, NV 44, p. 120.

in het handelsregister ook extern bindende kracht gekregen. Aspirantaandeelhouders en andere derden moeten op de te interpreteren tekst van de statuten kunnen afgaan zonder dat hun een van de tekst afwijkende bedoeling van de makers of van de organen van de n.v. kan worden tegengeworpen. Die eventueel afwijkende bedoeling van de makers is zelfs niet van belang als die bekend is; de makers uit een vorige generatie hebben dikwijls heel andere bedoelingen gehad dan nu in de statuten is te lezen. Zelfs al is een afwijkende visie van de organen bekend, dan nog is deze niet beslissend. De Rb. Rotterdam 21 feb. 1951, NJ 1951, 644 inzake Unipart/Rotterdamsche Droogdok Maatschappij interpreteerde de statuten echter nog wel 'op grond van de waarschijnlijke bedoeling van partijen'.

De uitleg van statuten moet naar objectieve goede trouw geschieden. Niet naar het subjectieve oordeel van de direct betrokkenen, doch naar wat welkenkende lieden er redelijkerwijze onder kunnen en moeten verstaan. Daarbij dient normatief te zijn het inzicht van een weldenkende bovenlaag, waarbij uiteraard rekening moet worden gehouden met de opvattingen die speciaal in Nederland onder beroepsgeenoten leven, zonder deze overigens beslissend te laten zijn alleen omdat deze daar bestaan¹. Hof Arnhem 29 mei 1935, NJ 1935, 1631 achtte dan ook voor uitleg van het doel van een n.v., waarin het trustbedrijf werd uitgeoefend, bepalend 'de wijze waarop het trustbedrijf zich hier te lande ontwikkeld heeft'.

De statuten gelden voor de n.v. als objectief recht, de interpretatie daarvan dient dan ook naar objectieve maatstaven te geschieden. Op de interpretatie die een der organen geeft kan een derde dus niet zonder meer afgaan voor beantwoording van de vraag of een besluit overeenkomstig de statuten is. Of door die interpretatie van het orgaan de vennootschap uit anderen hoofde gebonden kan zijn, is niet een kwestie van (on-)geldigheid van een besluit doch van vertegenwoordiging.

Hoe het ministerie van justitie de aan hem ter goedkeuring voorgelegde statuten heeft verstaan, is evenmin beslissend als de subjectieve opvatting van de makers der statuten². Niettemin hebben de ministeriële opvattingen in zoverre wel waarde, dat zij mede richting geven aan de ontwikkeling van het vennootschappelijk denken.

Niet alleen met betrekking tot de externe doch ook tot de interne verhoudingen moet de interpretatie van statuten naar objectieve maatstaven geschieden. Zulks betekent dan ook, dat ook al zouden alle aandeelhouders met een niet met de objectieve goede trouw strokende interpretatie van statuten instemmen, een daarop gebaseerd besluit ongeldig kan zijn. De eigen persoonlijkheid van de n.v., waaraan de statuten gestalte geven, vergt dat ook het

1. Vergelijk met betrekking tot de openbare orde en goede zeden hoofdstuk III paragraaf 1.

2. Handboek, nr. 78, noot 6; Van der Grinten, RM Themis 1961, p. 197. Anders Löwensteyn, diss., p. 137.

eigen vennootschappelijk belang wordt gewaarborgd door objectivering bij de uitleg van de statuten ¹.

§ 2 ONBEVOEGDHEID VAN HET ORGAAN; GEEN ENKEL ORGAAN BEVOEGD

Diverse mogelijkheden van inbreuk op een statutaire bepaling

111. In statuten komen dikwijls regelingen voor terzake het maximale aantal, de maximale beloning en de aanstellingsduur van bestuurders en commissarissen, de overdracht van aandelen, de winstbestemming, de uitgifte van obligaties, enz. Geen enkel orgaan mag van die regeling afwijken, zelfs niet met alle stemmen voor. Een daarop inbreuk makend besluit is ongeldig.

Zo is aanstelling bij aandeelhoudersbesluit van bestuurders voor *bepaalde* tijd, terwijl de statuten voorschreven dat deze aanstelling voor *onbepaalde* tijd diende te geschieden, ongeldig geoordeeld door Rb. Amsterdam 26 maart 1926, W 11598 en 18 aug. 1932, W 12576 ². Dit wil niet zeggen, dat daardoor de aanstelling in zijn geheel ongeldig wordt, slechts het element 'bepaalde tijd'. Het besluit blijft voor het overige geldig, gedeeltelijke (on-)geldigheid van een besluit moet immers worden aanvaard. Een aanstelling voor bepaalde tijd is wel verenigbaar met een statutaire bepaling, dat bestuurders te allen tijde kunnen worden ontslagen. Bij tussentijds ontslag kan de vennootschap dan eventueel tot schadevergoeding verplicht zijn ³.

Indien de statuten het maximale aantal bestuurders bepalen, mag daarop door een aandeelhoudersbesluit niet alleen geen inbreuk worden gemaakt door meer bestuurders te benoemen, doch ook niet door de bestuurders voor al hun handelingen medewerking van commissarissen of andere organen voor te schrijven. Zelfs niet, al staat in de statuten vermeld dat het besturen geschiedt onder toezicht van commissarissen. Een besluit, waarbij die medewerking van een ander orgaan voor alle bestuurshandelingen werd voorgeschreven, verleende in feite opdracht tot naar tijdsduur en omstandigheden onbeperkt medebestuur aan dat andere orgaan, en breidde daardoor het aantal bestuurders verder uit dan de statuten toelieten. Het besluit was ongeldig, aldus Ktr. Amsterdam 23 nov. 1932, NJ. 1934, 33.

De statuten kunnen eisen stellen met betrekking tot de overdracht van aandelen op naam. Het lijkt mij verdedigbaar, dat dit ook mogelijk is ten aanzien van toonderaandelen, maar het departement weigert zulk een bepaling. Zelfs werd niet de bepaling toegelaten, dat van overdracht van toon-

1. Maeijer, NV 44, p. 120.

2. Van der Heijden, NV 12, p. 338.

3. Van der Grinten, NV 27, p. 95-96.

deraandelen aan de vennootschap moest worden kennis gegeven ¹. Toch zou de nakoming van overdrachtsbepalingen met betrekking tot toonderaandelen praktisch nog wel controleerbaar zijn, nl. wanneer de desbetreffende aandeelhouders hun rechten uitoefenen, zoals bij verschijnen ter vergadering of innen van dividend. Geen orgaan is echter bevoegd eisen voor overdracht te stellen die de statuten niet kennen, Rb. Amsterdam 26 jan. 1934, W 12815.

Van de wettelijke regeling, dat de winst de aandeelhouders ten goede komt, art. 42d K, kan in de statuten worden afgeweken. Afwijking van die statutaire regeling bij aandeelhoudersbesluit is ongeldig, Rb. 's-Hertogenbosch 20 april 1926, NJ 1927, 1569 en Ktr. Amsterdam 19 dec. 1932, NJ 1933, 42 ². Dit impliceert dat, zoals bij besloten vennootschappen nogal eens voorkomt, passeren van dividend in strijd met de statutaire regeling een ongeldig besluit oplevert. Slechts omdat daar hoegenaamd geen beroep op wordt gedaan, levert dit in de praktijk zelden problemen op. De fiscus wordt niet beschouwd als belanghebbende, die recht heeft de ongeldigheid in te roepen, HR 14 dec. 1932, W 12872 ³; 23 jan. 1935, W 12872; en 12 okt. 1955, BNB 1955, 360. Wanneer de statuten winstbestemming voor een bepaald reservefonds aan een maximum verbinden, zijn daarmee andere mogelijkheden van reservering niet afgesneden, Rb. 's-Gravenhage 27 april 1922, NJ 1922, 1313.

Van winstbestemming kan eerst sprake zijn na winstvaststelling. Deze vaststelling mag, na statutenwijziging met terugwerkende kracht, anders luiden dan het geval geweest zou zijn zonder statutenwijziging. Een winstgerechtigde kan daar geen bezwaar tegen maken, want zijn recht staat eerst vast nadat de algemene vergadering door vaststelling van de jaarrekening de winst heeft vastgesteld, Hof 's-Gravenhage 26 mei 1954, NJ 1955, 90. Wel is, zoals ik heb uiteengezet ⁴, ongeldig het besluit waarbij in een vroegere winstvaststelling met terugwerkende kracht wijziging wordt gebracht. De concrete aanspraken van de gerechtigden tot de winst zijn in dit geval immers reeds vast komen te staan.

Indien in de statuten voorwaarden zijn geregeld met betrekking tot de uitgifte van obligaties, pandbrieven of andere verhandelbare schuldbekentenissen, is een besluit van welk orgaan ook tot grotere uitgifte of onder andere voorwaarden dan bepaald ongeldig, Hof Amsterdam 27 juni 1935, NJ 1935, 1353.

Inbreuk op statutaire rechten van derden

112. Wanneer aan derden in de statuten rechten zijn toegekend, worden zij bij statutenwijziging door art. 45a K beschermd. Dit artikel bepaalt immers,

1. NV 36, p. 148.

2. Schoepp, NV 11, p. 326.

3. Niet te verwarren met HR 14 dec. 1932, WPNR 3349.

4. Nr. 71-72.

dat indien de gerechtigde in de wijziging niet toestemt, die wijziging aan zijn recht geen enkel nadeel kan toebrengen. Gebeurt dit toch, dan kan het besluit tot statutenwijziging te zijnen opzichte ongeldig zijn wegens strijd met de statuten, Rb. Rotterdam 21 feb. 1951, NJ 1951, 644 inzake Unipart/Rotterdamse Droogdok Maatschappij. Onder derden – art. 45a spreekt van ‘een ander dan aandeelhouders der vennootschap als zodanig’ – kunnen zijn begrepen winstgerechtigde bestuurders, commissarissen of andere tantiëmistten, houders van oprichters- en winstbewijzen, obligatiehouders, maar ook derden die rechten hebben ten aanzien van benoeming of voordracht van commissarissen, enz.

Wijziging van de desbetreffende statutaire bepaling is op zich zelf niet uitgesloten, mits daardoor maar geen nadeel aan de gerechtigde wordt toegebracht. Dat bijv. bij vergroting van het vennootschappelijk kapitaal of vermindering van het aantal oprichters- of winstbewijzen het winstpercentage wordt verlaagd, kan alleszins redelijk zijn en behoeft in feite de winstgerechtigde nog niet te benadelen. Het winstpercentage is immers vastgelegd naar een bepaalde toestand die zo sterk kan zijn gewijzigd, dat de statutaire regeling niet meer bij de nieuwe toestand past en niet meer geacht kan worden voor die nieuwe situatie te zijn gegeven. Zonder statutenwijziging kan vergroting van het vennootschappelijk kapitaal bij gelijkblijvend winstpercentage onder omstandigheden overigens toch nog nadeel voor winstgerechtigden opleveren, bijv. wanneer die vergroting wordt geput uit reserves en over de winst eerst een primair dividend aan aandeelhouders, thans dus gerekend naar het vergrote kapitaal, wordt uitgekeerd. Of de vennootschap in zo’n geval verplicht is nadere maatregelen te treffen ter opheffing van dit nadeel, zal van velerlei omstandigheden afhangen, zoals de voor de verhouding tussen aandeelhouders en winstgerechtigden met betrekking tot hun aandelen in de winst oorspronkelijk gekozen opzet, de ontwikkeling van die verhouding en de herkomst van de reserves, HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.M.A./Van den Bergh.

Wanneer bij het toekennen van het statutaire recht de bevoegdheid tot wijziging uitdrukkelijk is voorbehouden, is een wijzigingsbesluit dat nadeel aan de rechten van derden toebrengt op die grond niet strijdig met de statuten, art. 45a slot K. Niettemin kan zo’n besluit toch nog ongeldig zijn wegens strijd met de goede trouw ¹.

Inbreuk op het statutaire doel der vennootschap

113. Een eng en een ruim standpunt zijn hierbij te onderscheiden. Volgens het enge standpunt is reeds in strijd met het doel wat niet uitdrukkelijk in de doelomschrijving is genoemd. In het ruime standpunt is eerst in strijd met het

1. Nr. 173.

doel wat tegen de doelomschrijving ingaat, wat daarmee niet gepaard kán gaan.

P. Scholten ¹ en Bregstein ² namen een ruim standpunt in. Alleen bij kennelijke strijd met het doel, wanneer ook de grote speelruimte die de vennootschap moet worden gelaten om eigen gedragslijn vast te stellen is doorbroken, is het besluit ongeldig. Wolfsbergen ³ zegt dat hij een tussenstandpunt inneemt en dat lijkt ook wel zo, waar hij stelt dat er steeds een bevordering van het statutaire doel moet worden beoogd, wil er van geldigheid sprake zijn. Hij eindigt echter zijn verhandeling met de passage dat 'slechts bij flagrante onverenigbaarheid met het statutaire doel' ongeldigheid volgt, waarmee hij toch weer Scholten volgt.

In de jurisprudentie is aanvankelijk een ruim standpunt gehuldigd. Hof Amsterdam 6 maart 1908, W 8718: hypotheekverlening op onroerend goed van de n.v. ter waarborging van een geldlening, die een derde bij een vierde aanging, geldig; HR 27 jan. 1911, W 9136: aankoop van schilderijen tot een bedrag van f 25 000 door een handelsbank geldig. Later blijkt de opvatting wat enger te worden. Rb. Sittard 12 dec. 1925, W 11570 en Hof Leeuwarden 23 feb. 1927, W 11637: in deze beide gevallen werd uitgifte van spaarpand brieven door een hypotheekbank niet geldig geoordeeld; HR 23 maart 1928, NJ 1928, 730: speculatieve valutatransactie door een handelsonderneming in huiden en looistoffen ongeldig; HR 23 jan. 1935, W 12872 (belastingskamer): speculeren in effecten door een beleggingsmaatschappij in onroerend goed ongeldig; HR 8 april 1938, NJ 1938, 1076: hypotheekverlening op onroerend goed van de n.v. voor een privé-schuld van een bestuurder ongeldig; HR 19 maart 1942, NJ 1942, 445: borgstelling door een meubeltransportbedrijf ten gunste van een handelsbank ongeldig; en HR 21 dec. 1956, NJ 1958, 102: transactie in reuzel en spek door een handelsonderneming in darmen ongeldig.

Zeer duidelijk is van de ruime visie afgezien in gemeld arrest van 23 maart 1928, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt, dat niet beslissend is of de handeling uit de doelomschrijving is af te leiden dan wel daarmee niet onverenigbaar is, doch of de handeling al dan niet in werkelijkheid binnen het doel der vennootschap valt. De uitspraken betroffen alle besluiten met indirect externe werking. Weliswaar trad steeds de uitvoeringshandeling op de voorgrond, maar aan elke handeling ligt een besluit van enig orgaan, of het nu meerhoofdig dan wel eenhoofdig is, ten grondslag. Als de uitvoeringshandeling inbreuk maakt op het statutaire doel, dan dus ook het daaraan ten grondslag liggende besluit.

114. Het verschil tussen het enge en ruime standpunt hangt samen met de

1. WPNR 2712; Asser-Scholten, Personenrecht 1940, p. 146.

2. Asser-Bregstein, p. 174.

3. A. Wolfsbergen, RM 1928, p. 504 e.v., speciaal p. 517 en 520.

vraag of de statutaire doelomschrijving een begrenzing der bevoegdheid dan wel een directief is. Ziet men het als een begrenzing der bevoegdheid, dan neigt men ook veeleer naar de mening overschrijding van de geschreven grenzen ongeoorloofd te moeten achten. Ziet men daarentegen het statutair omschreven doel meer als een directief dan vallen ook die handelingen binnen het doel welke, alhoewel niet bij de letterlijke tekst passend, toch het doel bevorderen.

Löwensteyn ¹ ziet de statutaire doelomschrijving van de n.v. als begrenzing harer bevoegdheid, Van Praag ² ziet er meer een directief in. Mij lijkt, dat het beide dient te zijn, directief en begrenzing, dat de begrenzing door het directief is gegeven. De statutaire doelomschrijving is zowel voor de aandeelhoudersvergadering als voor andere organen en derden van belang. De afscheiding van vermogen in vennootschappelijk verband en daarmee de uitsluiting van persoonlijke aansprakelijkheid is immers een voorrecht. Alle betrokkenen hebben er daarom belang bij en recht op te weten tot wat voor doel die afscheiding geschiedt, teneinde te beoordelen of de n.v. zich daar ook aan houdt.

Anderzijds vergt het nastreven van elk doel nu eenmaal veelal voorbereidende en bijkomende handelingen, die wellicht in nogal verwijderd verband staan tot het uiteindelijke doel. Men moet de vennootschap voldoende autonomie laten om zelfstandig te beslissen wat binnen de grenzen van haar statutaire doel valt, zonder daardoor overigens het subjectieve inzicht van haar organen maatstaf te laten zijn voor uitleg van de statutaire doelomschrijving. De opvatting van P. Scholten spreekt mij dan ook meer aan: alleen bij kennelijke strijd met het statutaire doel, wanneer ook bij de grote speelruimte die de n.v. moet worden gelaten de handeling niet door de beugel kan, is er sprake van ongeldigheid.

Wanneer er dus aantoonbaar een bevordering van het statutair omschreven doel is beoogd, is van strijd met het doel geen sprake. Als een hypotheekbank spaarbandbrieven uitgeeft om over meer geldmiddelen te beschikken teneinde haar statutaire doel, het ter leen verschaffen van gelden tegen hypothecaire zekerheid, beter te bereiken, zou ik deze handeling geldig willen achten. Evenzeer wanneer een n.v. zich borg stelt voor een ander, om daardoor betere zaken met hem te kunnen doen.

Overigens wijst de parlementaire geschiedenis van de thans geldende wet er meer op, dat de wetgever in de omschrijving van het doel in art. 36c K een begrenzing van de bevoegdheid heeft bedoeld. In het ontwerp van 1910 werd als art. 36e voorgesteld: 'De akte van oprichting vermeldt, op straffe van nietigheid, het doel der naamloze vennootschap. De vennootschap is slechts bevoegd tot die handelingen, welke rechtstreeks in de omschrijving van het doel zijn vervat, of welke redelijkerwijze uit die omschrijving voort-

1. Diss., p. 128.

2. M. M. van Praag, NV 6, p. 41 e.v.

vloeien' ¹. De memorie van toelichting benadrukte die begrenzing nog: 'De voorgestelde bepaling zal vermoedelijk er toe leiden, dat men meer zorg besteedt aan de omschrijving van het doel der vennootschap dan thans vaak het geval is' ². In het mondeling overleg is door de kamercommissie gewezen op het grote verschil van opvatting over de vraag of een handeling rechtstreeks in de omschrijving van het doel is vervat of redelijkerwijs uit die omschrijving voortvloeit. De regering antwoordde, dat alhoewel de organen der vennootschap aan de omschrijving van het doel zijn gebonden, een wettelijke omschrijving in de praktijk minder juist kan blijken. Slechts daarom is in het gewijzigd ontwerp de tweede volzin weggelaten ³. In dit licht bezien passen de arresten van de Hoge Raad vanaf 1928 bij de wetsgeschiedenis.

115. Wat is nu het doel van de n.v.? De wet gaat in art. 36 K jo 1655 BW en 42d K er van uit, dat vermogensrechtelijk voordeel wordt beoogd. Dat is doorgaans in de praktijk ook wel duidelijk, maar kan men dat ook nog zeggen van de n.v. die tot doel heeft het in stand houden van een landgoed of van een holding of een trustee? Van der Grinten meent met betrekking tot het eerste van niet ⁴. Maar toch geloof ik, dat wel degelijk vermogensrechtelijk voordeel kan zijn gelegen in en kan zijn beoogd met de instandhouding van een landgoed. En ook al is het voordeel van de holding of de trustee niet direct in geld waardeerbaar, daarom kan het er nog wel zijn. Toch is de vraag gewettigd of een n.v. andere dan op winst gerichte werkzaamheden tot doel kan hebben.

Vanaf het ontstaan van deze rechtsvorm is de n.v. bedoeld als kapitaal-associatie: samenvoeging van kapitaal om daarmee te werken en voordeel te behalen. De gehele wettelijke inrichting, zowel de oude als de geldende als de komende, wijst er op, ook al hebben de wetgevers, vooral die van 1838, de n.v. nogal sterk als verband van samenwerkende personen gezien, waardoor diverse bepalingen in het wetboek van koophandel te weinig rekening houden met de grote n.v., die louter kapitaalassociatie is geworden.

Toch is te verdedigen, dat het gebruik van rechtsvormen niet moet worden ontzegd, ook al zijn door de wetgever die rechtsvormen voor andere doeleinden bedoeld, wanneer dat gebruik geen bezwaar oplevert. Het gevolg zou weliswaar een verwatering van rechtsvormen kunnen zijn, maar het voordeel is een zekere soepelheid in het gebruik daarvan. Praktisch zal het niet van grote betekenis zijn, terwijl het ministerieel toezicht als rem kan fungeren voor een al te veelvuldig gebruik voor andere dan economische werkzaamheden. In de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer op art. 2.3.1.4 nieuw BW achtte de regering het opnemen van andere 'met het winststreven niet onverenigbare doelstellingen' in de statuten geoorloofd.

1. Belinfante 1929, p. 5.

2. Belinfante 1929, p. 49.

3. Belinfante 1929, p. 173.

4. NV 34, p. 34.

5. Van der Grinten, NV 34, p. 34.

Löwensteyn onderscheidt tussen doel in eigenlijke zin, het winststreven, en in oneigenlijke zin, de werkzaamheid¹. In die richting gingen voor hem ook Houwing² en Blaisse en Moes³. Dat onderscheid kan worden gemaakt, valt niet te miskennen. Wel bezwaarlijk is om de maatschappelijke werkzaamheid als een niet aan de vennootschap eigen doel te beschouwen⁴.

De oprichters en de organen beogen weliswaar, behoudens in uitzonderingsgevallen als in de vorige alinea bedoeld, winst te maken, doch op de door hen gekozen manier, met de statutair omschreven maatschappelijke werkzaamheid. De n.v. wordt opgericht voor een bepaalde deelneming aan het maatschappelijk verkeer en is daar op gericht. De werkzaamheid is niet alleen middel doch onderdeel van het doel. Dit doel is dan ook veeleer winstgevend werkzaam te zijn in het maatschappelijk verkeer op de in de statuten aangegeven wijze, waarbij de statutaire doelomschrijving ruim dient te worden uitgelegd. Te beperkt is dan ook de opvatting van het Hof Leeuwarden 22 juni 1955, NJ 1956, 228, dat als statutair doel ziet het maken van winst zonder binding aan een bepaalde werkzaamheid.

Continuïteit zonder meer is niet het doel van de vennootschap. Zij zal natuurlijk haar maatschappelijke werkzaamheid slechts kunnen blijven voortzetten, wanneer zij zich voegt naar het sociaal-economische kader waarin de ondernemingsgewijze produktie haar plaats en vorm heeft gevonden. Dat kader stelt eisen aan de bewegingsvrijheid van de vennootschap. Daardoor zal zij zichzelf soms grenzen moeten stellen ten aanzien van de grootte van de omzet, van de winst, de zelffinanciering. Of concessies moeten doen aan bepaalde belangengroeperingen. Maar dat alles laat onverlet, dat het winstgevend werkzaam zijn – op de statutair aangegeven wijze – het uiteindelijke doel is. Om dit doel steeds te kunnen bereiken moet zorg worden besteed aan de continuïteit. De groei van de bedrijfseenheden, de technische ontwikkeling, de kapitaalinvesteringen, de nodige research, de opleiding van specialisten, enz., vergen een beleid op lange termijn. De continuïteit is dus wel belangrijk, maar daarom nog niet doel van de vennootschap⁵.

Met het doel in art. 36c K heeft de wetgever speciaal de maatschappelijke werkzaamheid op het oog gehad⁶. De oude wet sprak in art. 36 K van 'voorwerp harer handelsonderneming'.

Bij het mondeling overleg heeft de regering opgemerkt 'doel' niet slechter

1. Diss., p. 130.

2. NV 20, p. 135 e.v. en 153 e.v.

3. NV 22, p. 147 e.v.

4. Van der Grinten, RM Themis 1961, p. 197.

5. Wolfsbergen, RM 1928, p. 506; Centrum voor staatkundige vorming, Eigendom in het ontwerp nieuw burgerlijk wetboek, 1961, p. 18; Open ondernemerschap, p. 48; Ph. Hillen, preadvies Thijmgenootschap, annalen 1964, p. 89; Lambers, TVVS 10, p. 207 e.v.; F. Hartog, TVVS 10, p. 214 e.v.

6. Löwensteyn, diss., p. 134; Handboek, nr. 78.

te vinden dan 'voorwerp' ¹. Knol ² daarentegen meent dat onder doel in art. 36c K op de eerste plaats winstdoel moet worden verstaan, dat doel in dit artikel een andere betekenis heeft dan voorwerp harer handelsonderneming in art. 36 (oud) K. Blaisse en Moes ³ zien in art. 36c K én maatschappelijke werkzaamheid én winststreven bedoeld. Het komt mij voor dat deze opvattingen niet op de wetsgeschiedenis steunen.

116. In concreto is dikwijls moeilijk uit te maken of er sprake is van strijd met het doel; zie Hof Amsterdam ⁴ in HR 23 maart 1928, 730: een valuta-transactie door een handelsonderneming in huiden en looistoffen is niet zonder meer in strijd met het doel, doch eerst wanneer deze speculatief geschiedt.

Geen doel is bereikbaar wanneer niet diverse voorbereidende handelingen worden verricht, waarvan het verband met het uiteindelijk beoogde doel nauwelijks is te zien. Wanneer de aandeelhoudersvergadering van een bankbedrijf haar bestuur machtigt een gebouw te kopen om er in te werken past dit bij het doel, indien de aankoop slechts strekt om er mee te speculeren valt dit buiten het doel. Deze tegenstelling is duidelijk. Maar hoe nu, als de machtiging strekt tot aankoop van een terrein waarop het bedrijf geen gebouw wil zetten doch dat slechts als speculatie-object wordt gebruikt om een ander terrein dat helemaal ergens anders is gelegen te verwerven waar men wél wil bouwen? Ik ben geneigd dit geoorloofd te achten, alhoewel het dubieus is of zo'n besluit bij de leer van de Hoge Raad past.

Of hoe te oordelen over het besluit van het bestuur van een bankbedrijf om, tot inbetalinggeving op een dubieus crediet, handelsgoederen te nemen en in de verwachting dat de prijzen daarvan zullen oplopen deze vooralsnog niet te gelde te maken? Ongetwijfeld treedt hier een speculatief aspect bij op. Ook hier is het dubieus of de Hoge Raad zijn fiat zou geven. In ieder geval kon de in de vorige alinea genoemde speculatieve valutatransactie bij de Hoge Raad geen genade vinden; en werd door de Raad van Beroep ⁵ te Rotterdam (zie HR 23 jan. 1935, W 12872) speculeren in effecten niet in overeenstemming geacht met het doel van een beleggingsmaatschappij in onroerend goed.

Het verlenen van een recht van hypotheek op onroerend goed van de n.v. ten behoeve van een privé-crediteur van een bestuurder kan onder omstandigheden voor de vennootschap voordeel opleveren, bijv. wanneer zij daardoor beter zaken kan doen met die crediteur. Toch vond ook dit geen genade bij HR 8 april 1938, NJ 1938, 1076, zelfs niet ondanks dat alle aandeelhouders hadden voorgestemd. Evenzeer werd in strijd met het doel geacht toen een n.v. zich borg stelde tegenover een bank, HR 19 maart 1942, NJ

1. Belinfante 1929, p. 173.

2. Knol, diss., p. 78.

3. NV 22, p. 147 e.v.

4. 8 febr. 1927.

5. Voor de directe belastingen, 21 juni 1934.

1942, 445. De n.v. had tot doel: 'het uitoefenen van het transport- en expeditiebedrijf, het verpakken en het opbergen van meubilaire en andere goederen en voorts alle handelingen, welke de bereiking van haar doel kunnen bevorderen of daarmee middellijk of onmiddellijk in verband staan'. De vennootschap stelde zich ten behoeve van een handelsbank borg voor een relatie, die daardoor in staat werd gesteld op zeer voordelige voorwaarden hout aan de vennootschap te leveren voor door haar te vervaardigen kisten en kratten. Ook in zo'n geval kan men zich echter licht voorstellen, dat de vennootschap die borgstelling in haar belang achtte. Maar in het licht van deze jurisprudentie dienen doel en belang kennelijk onderscheiden te worden; een onderscheid dat mij niet reëel voorkomt. Zoals ik in nr. 114 heb betoogd, lijkt mij immers van strijd met het doel geen sprake, wanneer aantoonbaar een bevordering van het statutair omschreven doel is beoogd.

Te ver gaat mij echter de constructie, die het bestuur van 'De Korenschoof' N.V. in 1960 creëerde ¹. Het doel van de vennootschap werd te enen male gefrustreerd. Dit doel werd immers in feite door de overdracht van de gehele onderneming aan de stichting onbereikbaar, omdat de n.v. geen enkele zeggensmacht in de stichting kreeg. Ook al oordeelde het bestuur deze constructie in het belang van de vennootschap, de inbreuk op het doel werd daarmee niet opgeheven. Mede naar aanleiding van dit voorval is in *Open Ondernemerschap* ² voorgesteld beslissingen tot overdracht of beëindiging van de onderneming dwingend aan de goedkeuring van de algemene vergadering te onderwerpen.

Evenzeer is van frustering van en derhalve inbreuk op het doel sprake, wanneer wordt besloten de exploitatie van het bedrijf van de n.v. te staken en het bedrijf in zijn geheel te verhuren, ook al zet de huurder de exploitatie voort. Dit is geen bezwaar wanneer ook deze verhuur in de omschrijving van het doel past. De enige andere mogelijkheid is wijziging van de statuten, zoals in het geval van het Hof Leeuwarden 22 juni 1955, NJ 1956, 228 ³.

De statutaire doelomschrijvingen worden de laatste tijd steeds ruimer. Wellicht is dit een gevolg van het enge standpunt van de Hoge Raad. Anderzijds krijgt juist het departement de neiging zeer kritisch toe te zien op de formulering van het doel en bezwaar te maken tegen zeer ruime omschrijvingen ⁴. Ook wellicht juist vanwege de leer van de Hoge Raad.

117. In alle in deze paragraaf behandelde gevallen is geen enkel orgaan bevoegd, ook niet indien alle besluitvormers daaraan hebben meegewerkt. Het speelt dan ook geen rol welk orgaan het besluit daartoe neemt. Evenmin

1. Nr. 64.

2. Rapport, p. 244.

3. Vergelijk P. Scholten, WPNR 2712, die ongeldig acht het besluit van een coöperatieve vereniging om al hare activa en passiva in een n.v. in te brengen, ook al beoogt de nieuwe n.v. de bedrijfsuitoefening van de coöperatieve vereniging.

4. Van der Grinten, NV 45, p. 14.

maakt het verschil of het orgaan meerhoofdig dan wel eenhoofdig is. Of de ongeldigheid van het besluit een nietigheid dan wel vernietigbaarheid oplevert, zal in paragraaf 6 van dit hoofdstuk worden behandeld.

§ 3 ONBEVOEGDHEID VAN HET ORGAAN; EEN ANDER ORGAAN BEVOEGD

118. In hoofdstuk IV paragraaf 3 heb ik uiteengezet hoe de grenzen der bevoegdheden van de algemene vergadering, het bestuur en de raad van commissarissen in grote lijnen in de wet zijn getrokken; van andere organen is niets geregeld. Wij hebben daar gezien welke bevoegdheden aan de algemene vergadering onoverdraagbaar toekomen en welke statutair aan andere organen kunnen worden gegeven. Wij hebben voorts gezien, in hoeverre in de wet slechts zeer algemeen de grenzen zijn getrokken van het wettelijk minimum aan bevoegdheden, dat onvervreemdbaar aan het bestuur toekomt. En tenslotte heb ik daar uiteengezet, dat de commissarissen slechts twee in de wet geregelde onvervreembare bevoegdheden bezitten.

Alle rechten, die niet krachtens de wet aan een bepaald orgaan onvervreemdbaar zijn toegekend, kunnen bij de statuten aan andere organen worden gegeven. Is dat gebeurd, dan zijn slechts die andere organen tot de uitoefening dier rechten bevoegd. Het besluit van een orgaan dat op die statutaire regeling inbreuk maakt is ongeldig wegens strijd met de statuten. Enig verschil tussen een meerhoofdig of eenhoofdig orgaan komt hierbij niet aan de orde. Of de ongeldigheid van het besluit een nietigheid dan wel vernietigbaarheid oplevert, zal in paragraaf 6 van dit hoofdstuk worden uiteengezet.

Met een enkel voorbeeld zou ik willen volstaan.

119. Indien bij ontstentenis van de bestuurder statutair een commissaris of enig ander als waarnemer is aangesteld, krijgt deze alle bestuursbevoegdheden die tevoren de bestuurder had, tenzij uiteraard anders geregeld. De algemene vergadering van aandeelhouders is zonder uitdrukkelijke regeling in de statuten in zo'n geval niet bevoegd op de stoel van de bestuurder te gaan zitten. De vraag rijst of zij wel gerechtigd is iemand anders dan de statutair aangewezen commissaris of derde met de waarneming te belasten. In het geval van HR 7 dec. 1951, NJ 1952, 566 werd deze vraag ontkennend beantwoord. Het ontslag van een personeelslid, gegeven door een bij ontstentenis van de bestuurder vanwege de algemene vergadering ingestelde bestuurscommissie, werd ongeldig verklaard nu statutair de commissaris het daartoe aangewezen orgaan was. Ik verkeer hierover echter in twijfel. Het lijkt mij verdedigbaar, dat de algemene vergadering, aan wie toch onvervreemdbaar het recht tot benoeming van een bestuurder toekomt, bevoegd blijft in de waarneming te voorzien. Krachtens art. 48b lid 3 K moet in de

statuten wel een regeling worden getroffen in geval van ontstentenis van een bestuurder, maar de ratio daarvan is een bestuurloze periode te overbruggen omdat de algemene vergadering niet steeds snel bijeen kan komen.

Indien de statuten, speciaal de doelomschrijving, niets bepalen omtrent het oprichten van dochterrechtspersonen, is daartoe slechts de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd¹. Wordt daarin wel voorzien in de doelomschrijving, dan komt die bevoegdheid mede toe aan het bestuur. Indien de oprichting van een dochterrechtspersoon door het bestuur geheel of in overwegende mate is geïnspireerd door de bedoeling de aandeelhouders van de moeder vennootschap de mogelijkheden te ontnemen of te beperken om met hun typisch vennootschappelijke rechten een rol te spelen met betrekking tot de gang van zaken in de dochterrechtspersoon, is een daartoe strekkend besluit ongeldig wegens strijd met de statuten (*détournement de pouvoir*). De statutaire bevoegdheid is voor dat doel niet gegeven. Zie hierover uitvoeriger hoofdstuk II paragraaf 1.

Misbruik van statutaire rechten is in velerlei vormen mogelijk. Wanneer bepaalde bevoegdheden aan bestuur of commissarissen zijn toegekend en zij daarvan louter of in overwegende mate gebruik maken om een rol te spelen op terreinen die aan andere organen toekomen, handelen zij in strijd met de statuten (en doorgaans ook met de wet). Te denken is daarbij onder meer aan emissie, verwerving en weder-uitgifte van aandelen. De N.V. W. A. Scholten's Aardappelmeelfabrieken en de N.V. Veenendaalsche Stoomspinnerij en Weverij² hebben daarvan voorbeelden opgeleverd; deze werden echter door de betreffende rechterlijke instanties niet, althans niet voldoende gezien.

In het Forumbankarrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 heeft de Hoge Raad zeer duidelijk aangegeven, dat het treden op het terrein dat krachtens (wet of) statuten aan een ander orgaan toebehoort, tot ongeldigheid leidt.³

§ 4 ONGELDIGHEID VAN STEM WEGENS INBREUK OP DE STATUTEN

120. Zoals in hoofdstuk II paragraaf 1 uiteengezet is voor een geldige wijze van tot stand komen van een besluit onder meer vereist dat het wordt genomen met een voldoende aantal geldige stemmen. Een stem kan ongeldig zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden, met een wettelijk voorschrift, met de statuten dan wel met de goede trouw. In hoofdstuk IV paragraaf 4 heb ik enige gevallen van ongeldigheid van stem wegens strijd

1. Nr. 78.

2. Nr. 40.

3. Nr. 76.

met de wet behandeld, thans zal ik enige mogelijkheden van strijd met de statuten nagaan.

Slechts voor overeenkomstig de statuten verworven aandelen kan stemrecht worden uitgeoefend

121. Voor overdracht van aandelen op naam kent de wet slechts twee wijzen, te weten een akte van overdracht gevolgd door betekening aan de n.v. en een akte van overdracht gevolgd door schriftelijke erkenning door de n.v. De statuten kunnen niet bepalen, dat slechts één van deze twee manieren is toegestaan¹, doch kunnen wel de tweede mogelijkheid nader regelen door voorwaarden voor erkenning te stellen, zoals schriftelijke verklaring van nieuwe en oude aandeelhouders, aantekening in een register of matige vergoeding voor de er bij betrokken werkzaamheden. Wanneer de overdracht niet op één dezer twee wijzen, rekening houdende met hetgeen de statuten daarover nader bepalen, geschiedt, is de beweerde nieuwe aandeelhouder geen geldig aandeelhouder en zijn stem geen geldige stem.

Ongeldigheid werd dan ook aangenomen door HR 11 mei 1931, NJ 1931, 857:

Aantekening in het aandeelhoudersregister door de liquidateur (de n.v. verkeerde in liquidatie) vond niet plaats.

Hof Arnhem 7 nov. 1934, NJ 1935, 849:

De schriftelijke verklaring van de oorspronkelijke en van de nieuwe aandeelhouder ontbrak.

Een beroep op ongeldigheid werd daarentegen afgewezen door Hof 's-Gravenhage 28 mei 1923, NJ 1925, 17:

Weliswaar was de overdracht niet in de registers ingeschreven, maar dat was ook niet gebeurd met betrekking tot de aandelen van de eisers en anderen; het was in strijd met de goede trouw daar een beroep op te doen.

De statuten kunnen wel bepalen, dat voor overdracht van aandelen goedkeuring van de vennootschap of een derde is vereist, mits daardoor de mogelijkheid van overdracht niet in feite geheel wordt uitgesloten. Dit heeft niets van doen met de wijze van overdracht. Redelijk is, dat bij weigering van goedkeuring de overige aandeelhouders of de vennootschap zelf de aandelen overnemen. Gebeurt dit laatste niet, dan zal voor weigering een ernstige grond aanwezig moeten zijn. Het departement vergt overigens een nadere regeling voor het geval van weigering. De laatste tijd staat het departement afwijzend tegenover regelingen, volgens welke ontheffing kan worden ver-

1. Handboek, nr. 179.

leend van een statutaire verplichting tot overdracht, evenzeer trouwens als tegenover regelingen die tezeer de rechtspositie van aandeelhouders ten aanzien van overdracht afhankelijk doen zijn van de beslissing van een orgaan van de vennootschap ¹.

Worden aandelen zonder de statutair vereiste goedkeuring overgedragen, dan is de beweerde nieuwe aandeelhouder geen geldig aandeelhouder en kan geen geldige stem uitbrengen, tenzij de goedkeuring ten onrechte (in strijd met andere statutaire richtlijnen of met de goede trouw) wordt onthouden. Doet zich dit laatste voor, dan behoeft zulks niet eerst in rechte te worden vastgesteld. De aandelen kunnen dan zonder die statutaire goedkeuring worden vervreemd.² In de praktijk ziet men slechts statutair geregelde goedkeurings-eisen voor aandelen op naam, omdat het departement die voor toonderaandelen niet toelaat; in beginsel zijn zij echter ook daarvoor mogelijk, alhoewel zulks aan haar karakter wellicht enige afbreuk zou kunnen doen.

De statuten kunnen voor de toelating van personen als aandeelhouder geheel op zichzelf staande eisen van niet-financiële aard stellen ³, zoals een bepaalde kwaliteit, een minimum leeftijd of het woonachtig zijn in Nederland. Het departement laat dergelijke bepalingen toe, wederom mits de overdracht niet in feite onmogelijk wordt gemaakt. Wordt een aandeel overgedragen aan een persoon, die aan die eisen niet voldoet, dan wordt hij geen geldig aandeelhouder en kan dus niet geldig stemmen.

Beperking en uitsluiting van stemrecht. Stromannen

122. Statutair kan het aantal aandelen per aandeelhouder beperkt worden. Verwerft een aandeelhouder meer aandelen dan statutair toelaatbaar is, dan wordt hij voor het meer dan toegelaten aantal geen geldig aandeelhouder en kan daarvoor geen geldige stem uitbrengen. Dit kan weer wel, aldus Rb. Amsterdam 11 jan. 1950, NJ 1950, 192, wanneer die aandelen voorwaardelijk zijn verworven en de aandeelhouder slechts krachtens volmacht van de vervreemder stemt, omdat hij dan niet vrij is naar eigen inzicht te stemmen zoals hij wel zou zijn indien hij volwaardig eigenaar was.

De statuten kunnen voorts het aantal aandelen per aandeelhouder onbeperkt laten, maar het aantal stemmen per aandeelhouder beperken. Art. 54 (oud) K kende een wettelijk maximum, het huidige art. 44b K laat beperking toe. Zelfs is het mogelijk iedere aandeelhouder slechts één stem te geven ongeacht zijn aandelenbezit, hetgeen Kamphuisen eens suggereerde.⁴

De stemmen die boven het statutair toegelaten aantal zijn uitgebracht, zijn

1. NV 45, p. 163-164.

2. Daarom had de aandeelhouder in Rb. Roermond 31 mei 1955, NJ 1955, 551 de rechter niet behoeven in te schakelen.

3. Van der Grinten, NV 30, p. 124; Handboek, nr. 181.

4. NV 38, p. I e.v.

ongeldig, HR 4 juni 1920, NJ 1920, 712 en Hof Leeuwarden 13 dec. 1961, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434. In de praktijk heeft zich dit probleem vooral als het stromannenvraagstuk voorgedaan, waarover reeds uitvoerig gesproken in hoofdstuk IV paragraaf 4. Hetgeen daar over dit vraagstuk is gezegd in het kader van inbreuk op de wet, geldt in beginsel ook in het kader van inbreuk op de statuten.

Indien de statuten voor de toelating van personen als aandeelhouder geheel op zich zelf staande eisen van niet-financiële aard stellen, regelen zij gewoonlijk ook de gevolgen van verlies van de noodzakelijke hoedanigheid. Veelal ontstaat dan een aanbiedingsplicht, soms wordt het recht tot deelneming aan de vergadering en tot stemmen (of nog andere rechten, zoals op dividend) ontzegd. In het eerste geval blijft de aandeelhouder tot de effectuering van de aanbieding (wettelijk en) statutair gerechtigd tot uitoefening van alle aandeelhoudersrechten, dus ook tot stemmen. Onder omstandigheden kan uitoefening van dat recht wellicht wel in strijd met de goede trouw zijn. In het tweede geval rijst de vraag of een dergelijke clause wel geldig is. Verdedigd is immers dat de statuten de aandeelhouders geen rechten kunnen ontnemen, die de wet hun dwingend toekent, en dat het recht tot deelneming aan de vergadering en tot stemmen daartoe behoort. Aldus oordelen Scheltema ¹, Van Deutekom ² en Treurniet ³. In die zin oordeelde kennelijk ook het departement, toen het zijn goedkeuring weigerde aan een bepaling dat geen stemrecht kan worden uitgeoefend zolang de voorgeschreven overdracht niet had plaats gevonden; de bepaling moest komen te luiden dat stemrecht slechts kon worden uitgeoefend door de voorgestelde nieuwe verkrijger als gemachtigde. Terecht uit Van der Grinten meer bedenking tegen de oplossing van het departement dan tegen de verworpen tekst. Immers, indien de aandeelhouder stemrecht heeft, kan hij dit krachtens art. 44a K persoonlijk uitoefenen ⁴.

Van der Grinten was in 1952 ⁵ nog gekant tegen een clause krachtens welke het stemrecht onder omstandigheden werd ontzegd, doch in 1962 ⁶ verdedigde hij deze met een beroep op een redelijke wetsinterpretatie. Dit laatste standpunt lijkt mij juist. Art. 44a K kent wel aan aandeelhouders stemrecht toe, maar slechts voorzover zij hun hoedanigheid geldig bezitten, dus onder meer overeenkomstig de statutaire eisen. Voldoet een aandeelhouder niet aan de eisen dan wordt, eventueel tijdelijk, zijn stem ongeldig.

Zelden worden in statuten bepalingen opgenomen omtrent bijzondere hoedanigheden, waaraan bestuurders, commissarissen of leden van andere organen dan de algemene vergadering van aandeelhouders moeten voldoen ten-

1. Scheltema, NV, 15, p. 67.

2. G. L. G. van Deutekom, WPNR 3674.

3. NV 33, p. 64.

4. NV 45, p. 180-181.

5. NV 30, p. 189.

6. In zijn bewerking van het Handboek, 7e druk, nr. 181. Eveneens 8e druk, nr. 181.

einde geldig die hoedanigheid te kunnen bezitten althans in de vergaderingen van die organen geldig hun stem te kunnen uitbrengen. Wel treft men regelingen aan waarbij aan bepaalde personen meer of soms zelfs beslissend stemrecht wordt gegeven. De besluitvorming van deze organen dient vooral te worden getoetst aan normen van goede trouw.

Ongeldigheid van stem wegens inbreuk op de statuten leidt slechts indirect tot ongeldigheid van het besluit

123. Ongeldigheid van een in strijd met de statuten uitgebrachte stem maakt het besluit niet zonder meer ongeldig, doch in het algemeen eerst dan wanneer dit besluit zonder rekening te houden met de ongeldige stem niet zou zijn genomen. Of de ongeldigheid tot nietigheid dan wel slechts vernietigbaarheid leidt, zal in paragraaf 6 van dit hoofdstuk worden behandeld.

In beginsel is er geen verschil tussen de besluitvorming van een meerhoofdig en van een eenhoofdig orgaan. Kwesties als hier behandeld zullen echter bij eenhoofdige organen niet licht aan de orde komen. Wanneer de enige aandeelhouder niet voldoet aan de statutair vereiste hoedanigheid, is zijn stem ongeldig en het door hem genomen besluit evenzeer. Maar wie kan daar een beroep op doen? Als bestuurder en/of commissaris hem niet welgezind zijn, lopen zij het risico ontslagen te worden. En als al de ongeldigheid wel de rechter zou bereiken, wat dan? De algemene vergadering van aandeelhouders zal toch moeten functioneren. Wie zou de enige aandeelhouder trouwens kunnen dwingen zijn aandelen over te dragen en aan wie? Er zijn geen andere aandeelhouders en de vennootschap kan niet al haar aandelen inkopen. Wanneer de statuten het aantal aandelen of stemmen per aandeelhouder beperken, behoudt de enige aandeelhouder altijd voldoende stemmen om een geldig besluit te nemen. Mij is dan ook geen geval van die aard uit de jurisprudentie bekend.

**§ 5 ANDERE GEBREKEN IN DE WIJZE VAN TOTSTANDKOMEN
WEGENS INBREUK OP DE STATUTEN**

124. Een defect in de stem is één van de eventuele oorzaken van ongeldigheid in de wijze van totstandkomen. Er zijn er meer. Het is niet doenlijk ze alle na te gaan. In hoofdstuk IV paragraaf 5 heb ik enkele mogelijkheden van strijd met de wet behandeld. Ik zal dat thans doen ten aanzien van de statuten.

Reeds de wet geeft voor de wijze van totstandkomen van besluiten slechts regels voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Voor het merendeel kan daarvan bij de statuten worden afgeweken. Dat gebeurt dan ook vaak. Regels voor de wijze van totstandkomen van besluiten van andere

organen treft men zelfs in statuten zelden. Dat is dan ook de reden waarom de jurisprudentie over besluiten, die volgens een der procespartijen tot stand zouden zijn gekomen zonder inachtneming van statutaire bepalingen, zich vooral concentreert op besluiten van de algemene vergadering, temeer daar fouten gemaakt bij de totstandkoming van besluiten van andere organen ook niet zo gemakkelijk bekend worden. Bovendien is de kring van hen die belang zouden hebben bij eventuele aantasting van het besluit van een ander orgaan gewoonlijk ook niet zo groot.

Het orgaan dat tot een vergadering oproept

125. Tot het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders zijn krachtens art. 43b K zowel het bestuur als de commissarissen, zo die er zijn, bevoegd. In bijzondere gevallen kunnen krachtens de art. 43c t/m 43e K aandeelhouders daartoe overgaan. De statuten kunnen echter voor bijeenroepen van vergaderingen van alle organen andere personen aanwijzen. Inbreuk op die regels leidt in beginsel tot ongeldigheid van de vergadering en daardoor tevens van de daarop genomen besluiten.

HR 18 april 1913, NJ 1913, 723:

De algemene vergadering was bijeengeroepen door de president-commissaris namens de raad van commissarissen. Het besluit tot ontslag van de bestuurder werd mede op die grond ongeldig geoordeeld, ondanks dat de bestuurder aanwezig was en tegen het gebrek toen niet had geprotesteerd.

Rb. 's-Hertogenbosch, 9 jan. 1925, NJ 1925, 886:

Besluit tot ontbinding ongeldig onder meer op deze grond, dat de algemene vergadering was bijeengeroepen door drie commissarissen terwijl het er volgens de statuten vijf hadden moeten zijn. De statuten bepaalden inderdaad, dat oproeping tot een algemene vergadering door commissarissen moest geschieden en dat hun college uit vijf leden moest bestaan, maar ten tijde van de oproeping waren het er maar drie. Voor het geval van een vacature was een bijzondere regeling getroffen, nl. dat de voorzitter een vergadering kon bijeenroepen om in de vacature te voorzien. Alleen voor zo'n vergadering, aldus de rechtbank, was oproeping door minder dan vijf commissarissen toegestaan.

HR 29 jan. 1943, NJ 1943, 198:

In dit geval was de oproeping wel geschied door de persoon die daartoe statutair was aangewezen in geval van ontstentenis van de bestuurder, maar de periode waarvoor die aanwijzing was gedaan was inmiddels verstreken. Bovendien was er geen sprake van ontstentenis van de bestuurder. Het op de vergadering genomen besluit tot ontslag van de bestuurder ontbeerde daardoor geldigheid.

HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101:

Ongeldigheid, omdat bijeenroeping geschiedde door het statutair daartoe aangewezen bestuur na overleg tussen drie leden alhoewel het bestuur uit vijf leden bestond.

Wanneer de oproeping niet of niet geldig is geschied, kunnen krachtens art. 43h K niettemin geldige besluiten worden genomen, mits met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele kapitaal is vertegenwoordigd. Een onder zulke omstandigheden genomen besluit tot ontbinding van de N.V. Wamsteeker werd echter ongeldig verklaard, omdat een der aanwezigen krachtens volmacht stemde en zijn in algemene termen gestelde volmacht hem volgens rechtbank en hof niet de bevoegdheid gaf om dispensatie van statutaire voorschriften te verlenen en evenmin om aan een besluit tot ontbinding mee te werken, HR 20 jan. 1927, NJ 1927, 733.

Wijze van oproepen

126. HR 16 juni 1944, NJ 1944, 443:

In dit geval was de statutair voorgeschreven oproeping geheel achterwege gelaten, terwijl zich ook niet het geval voordeed als bedoeld in art. 43h slot K. De vergadering en de daarop genomen besluiten werden ongeldig verklaard.

Anderzijds werd geldigheid aangenomen door Rb. 's-Hertogenbosch 9 jan. 1925, NJ 1925, 886:

De oproep was weliswaar niet geschied in een door het bestuur aan te wijzen blad, doch nu er geen bestuur was konden commissarissen die aanwijzing doen omdat anders vergaderen onmogelijk werd.

Inhoud van de oproep en agenda

127. Veelal wordt in de statuten het oproepend orgaan de keuze gelaten de te behandelen onderwerpen in de oproep zelf dan wel in de ter visie gelegde agenda te vermelden. Soms treft men de bepaling aan, dat bij benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders of commissarissen de naam van de desbetreffende persoon en het voorstel dat daaromtrent zal worden gedaan terstond wordt vermeld. Ook wel of de vergadering een gewone dan wel buitengewone zal zijn. Is niet voldaan aan de eis van bekendmaking van een te behandelen onderwerp, dan is niet de vergadering ongeldig doch slechts het terzake genomen besluit, tenzij dit is genomen met alle stemmen vóór in een vergadering, waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, art. 43g K.

Ongeldigheid van een besluit is aangenomen door Rb. 's-Hertogenbosch 9 jan. 1925, NJ 1925, 886:

De oproep bevatte niet de te behandelen onderwerpen en vermeldde niet dat de vergadering een buitengewone was, terwijl een besluit tot ontbinding – waarover het in casu ging – slechts op een bijzonder tot dat doel bijeengeroepen vergadering mocht worden genomen.

Of dit oordeel voorzover betrekking hebbend op het niet vermelden dat de vergadering een buitengewone was, juist is, betwijfel ik. Immers, een vergadering kan bijzonder tot een bepaald doel zijn bijeengeroepen ook al staat dat niet in de oproep vermeld.

Ongeldigheid werd voorts aangenomen door Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213:

De agenda bevatte niet het voorstel tot schorsing respectievelijk tot ontslag van een commissaris, zoals de statuten eisten.

Daarentegen werd geldigheid aangenomen door Rb. Arnhem 13 dec. 1928, NJ 1930, 75:

De oproep bevatte weliswaar niet de te behandelen onderwerpen, doch alle aandeelhouders waren aanwezig en hadden zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend daarmee ingestemd.

Termijn van de oproep, termijn en plaats van tervisielegging der agenda

128. Tervisielegging van de agenda op een andere plaats dan in de statuten aangewezen moet worden gelijkgesteld met geen tervisielegging.

Ongeldigheid werd aangenomen door HR 18 april 1913, NJ 1913, 723, en 20 jan. 1927, NJ 1927, 733; Rb. Almelo 28 juni 1922, NJ 1923, 652; Rb. 's-Hertogenbosch 9 jan. 1925, NJ 1925, 886:

In al deze gevallen had de agenda niet of niet tijdig ter visie gelegen

Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1936, 213:

De agenda had niet op de juiste plaats ter visie gelegen.

Daarentegen werd geldigheid aangenomen door Rb. Arnhem 13 dec. 1928, NJ 1930, 75:

De termijn van oproep was weliswaar niet in acht genomen, maar alle aandeelhouders waren aanwezig en hadden uitdrukkelijk en stilzwijgend daarmee ingestemd.

HR 11 feb. 1932, NJ 1932, 999:

De statuten bepaalden dat het bestuur op verzoek van meer dan de helft der aandeelhouders binnen een maand na ontvangst van een verzoek tot het bijeenroepen van een vergadering zo'n vergadering ook daadwerkelijk moest bijeenroepen, en dat bij niet nakomen van deze plicht meer dan de helft der aandeelhouders zo'n vergadering zelf kon beleggen; het bestuur weigerde en meer dan de helft der aandeelhouders belege de inderdaad die vergadering, doch binnen de maand; dat de vergadering binnen die maand was belegd, werd niet als inbreuk op de statuten aangemerkt gezien de stellige weigering van het bestuur.

HR 29 nov. 1934, NJ 1935, 698:

Te korte oproeptermijn vormde geen inbreuk op de statuten, daar deze bepaalden dat afwijking in noodgevallen was toegelaten.

Plaats van de vergadering

129. Wanneer in de statuten voor het houden van de aandeelhoudersvergadering een andere gemeente dan die van de vestiging der n.v. wordt aangewezen, zal deze toch in ieder geval in Nederland moeten liggen. Wordt de vergadering niet aldaar belegd, dan zijn de besluiten ongeldig tenzij het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, art. 44 K. Eenstemmigheid is niet vereist.

Geldigheid van de vergadering en de aldaar genomen besluiten werd aangenomen door Rb. Maastricht 17 juni 1937, NJ 1938, 42, omdat alle aandeelhouders aanwezig of vertegenwoordigd werden geacht. Ik heb reeds uiteengezet waarom naar mijn mening voor de voltalligheid ten onrechte is uitgegaan van de aanwezigheid *bij de aanvang* van de vergadering ¹.

Deelneming aan de vergadering

130. Het recht op deelneming aan de vergadering, het recht aldaar het woord te voeren en zijn stem uit te brengen kunnen de aandeelhouder door de statuten niet worden ontnomen. Wel kunnen regelingen worden getroffen om een behoorlijk verloop van de vergadering en de besluitvorming te waarborgen. Zo treft men bepalingen aan omtrent depot van aandelen ter verificatie van de rechten van de deelnemers, welke verificatie dikwijls op de vergadering zelf moeilijk en tijdrovend is; bepalingen omtrent de identificering van de deelnemers, omdat iedere deelnemer en niet het minst de leiding recht heeft te weten wie op de vergadering aanwezig is en hoeveel stemmen een deelnemer kan uitbrengen; of bepalingen tot wering van bepaalde gevolmachtigden.

De strekking van dergelijke bepalingen dient wel te worden verstaan. Deze mag niet tot frustrering van aandeelhoudersrechten leiden. Zo mag geen plaats ter deponering van aandelen worden aangewezen, die voor aandeelhouders niet of moeilijk bereikbaar is. De persoon, die voor ontvangst van de aandelen is aangewezen, is verplicht deze ook aan te nemen. Weigering kan tot ongeldigheid van de vergadering en de daarop genomen besluiten leiden, Hof 's-Gravenhage 30 juni 1930, NJ 1930, 1497. Niet-inachtneming van de bepalingen omtrent voorgeschreven deponering kan eveneens tot ongeldigheid leiden, HR 20 jan. 1927, NJ 1927, 733.

Indien de aandeelhouder de feitelijke macht over het aandeelbewijs niet heeft, mag toepassing van de bepaling omtrent voorgeschreven deponering er

STATUTEN

niet zonder meer toe leiden dat die aandeelhouder de toegang tot de vergadering wordt ontzegd, HR 19 dec. 1952, NJ 1953, 464:

In dit geval berustten de aandelen in verband met een strafrechtelijk beslag ter griffie ener rechtbank. Met behulp van het proces-verbaal van deponering ter griffie kon worden volstaan.

In andere zin oordeelde echter Rb. Haarlem 5 mei 1925, NJ 1926, 71:

In de statuten was bepaald aan welke voorwaarde een aandeelhouder moest voldoen om het hem toekomende stemrecht te kunnen uitoefenen, nl. het vertonen van zijn aandeel. Derhalve deed het er niet toe, aldus de rechtbank, of de betrokkene al of niet eigenaar van aandelen was en welke de redenen waren van het niet kunnen vertonen dier aandelen.

Of daarmee aan de strekking van de statutaire bepaling wel recht werd gedaan, lijkt mij twijfelachtig. Kennelijk twijfelde de rechtbank toch ook, want zij liet alsnog bewijs toe dat degenen die aandelen toonden in werkelijkheid geen eigenaren waren.

Leiding van de vergadering

131. Wordt aan de statutaire regeling omtrent voorziening in de leiding van de vergadering niet de hand gehouden, dan zijn de op die vergadering genomen besluiten ongeldig. Dit werd aangenomen door Rb. Amsterdam 27 juni 1933, NJ 1934, 1073:

Nadat de voorzitter de vergadering ten onrechte had geschorst en verlaten, werd het voorzitterschap niet overeenkomstig de statuten door de commissaris waargenomen doch door de raadsman van een groep aandeelhouders.¹

Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213:

Tot benoeming van een andere voorzitter dan de in rang oudste directeur werd mondeling in plaats van schriftelijk gestemd.

Oligarchische clausules

132. Onder een oligarchische clausule verstaat men gewoonlijk elke clausule in de statuten, die de strekking heeft om bijzondere bevoegdheden in de vennootschap toe te kennen aan anderen dan de meerderheid van aandeelhouders.² Het motief daarvoor is vooral een belangrijke zeggenschap te leggen in handen van een kleine groep van personen, die nauw met de ven-

1. Deze ongeldigheid leidde toch niet tot vernietiging van de besluiten, doch slechts omdat de termijn van zes maanden van art. 46a lid 2 K was verlopen. Van Proosdij, NV 14, p. 97.

2. Boelens, diss., p. 9; Handboek, 203 1.

nootschap is verbonden. Dat kan overigens ook door oligarchische structuren buiten de statuten worden gerealiseerd.

Bij deze laatste mogelijkheid is te denken aan het certificeren van aandelen, gehouden door een trustee; aan het onderbrengen van aandelen bij een dochterrechtspersoon; aan het creëren van een holding; of aan een constructie zoals het bestuur van de N.V. Korenschoof heeft bedacht ¹. Deze laatste constructie is echter hoogst bedenkelijk, zoals ik reeds heb uiteengezet.

Als mogelijke statutaire oligarchische constructie noemt de wet slechts bindende voordracht voor benoeming van bestuurders en commissarissen, art. 48a en 50c K. Maar ook andere clausules zijn mogelijk. Te denken is aan de regeling dat bestuurders bepaalde handelingen slechts mogen verrichten op initiatief van of onder goedkeuring van andere organen; of dat aan benoembaarheid tot bestuurder of commissaris zekere voorwaarden worden gesteld, zoals een bepaalde leeftijd, een bepaalde nationaliteit of het bezit van bepaalde aandelen ²; of dat bepaalde besluiten zijn voorbehouden aan bijzondere organen, zoals de houders van prioriteitsaandelen. Oligarchische clausules zijn ten aanzien van alle organen mogelijk, maar zij worden vooral geconstrueerd om de macht van de algemene vergadering in te perken.

Het besluit dat wordt genomen zonder inachtneming van de daarop betrekking hebbende oligarchische clausule komt ongeldig tot stand. Benoeming van een bestuurder zonder de vereiste voordracht is geen geldige benoeming.

Dat neemt anderzijds toch ook weer niet weg, dat het benoemingsrecht van de algemene vergadering door die bindende voordracht niet mag worden vrijdeld, de bevoegdheid tot benoemen blijft nu eenmaal aan de aandeelhouders. Indien dan ook de voordracht niet binnen de statutair gestelde termijn of, zonder statutaire bepaling daaromtrent, binnen een redelijke termijn wordt gedaan, kan de algemene vergadering tot benoeming zonder voordracht overgaan. Dat geldt evenzeer wanneer de voordracht zelf in strijd met de goede trouw wordt gedaan, bijv. doordat personen worden genoemd die te enen male onaanvaardbaar zijn. Een dergelijke voordracht mag als gedaan in strijd met de goede trouw worden gepasseerd.

Het recht van voordracht kan bij de statuten in beginsel aan iedereen worden gegeven, zowel in de vennootschap (commissarissen ³, bestuurders, houders van prioriteitsaandelen, bepaalde andere groepen van aandeelhouders) als daarbuiten (de minister van economische zaken met betrekking tot de benoeming van een commissaris in de N.V. Hoogovens). De mogelijkheden zijn niet beperkt tot het terrein van benoemingen, andere regelingen zijn evenzeer geoorloofd en komen ook voor, zoals tot uitgifte of intrekking van aandelen, tot fusie met andere vennootschappen, tot belangrijke beslissingen met betrekking tot de exploitatie van de door de vennootschap gedreven onderneming.

1. Nr. 64.

2. NV 36, p. 72. Van der Grinten acht t.a.p. zo'n voorwaarde bedenkelijk.

3. Vergelijk het in het rapport van de commissie-Verdam voorgestelde art. 50j K.

STATUTEN

Beweerde inbreuk op een oligarchische clausule werd niet aangenomen in het geval van HR 22 april 1927, NJ 1927, 761:

De statuten bepaalden, dat verdere stortingen op aandelen boven 10% door de raad van commissarissen slechts konden worden uitgeschreven op voorstel van de directie; deze stelde een bijstorting voor, welke 'circa 30%' zou moeten bedragen; de commissarissen besloten veiligheidshalve tot 50%.

Ik ben geneigd deze uitspraak aanvaardbaar te achten. Het feit dat tot 20% meer dan was voorgesteld werd besloten, lijkt mij geen bezwaar, nu de strekking van de bepaling toch in feite was gericht op een samenwerking tussen directie en commissarissen, welke samenwerking had plaats gevonden, terwijl de overschrijding van het concreet voorgestelde niet als een inbreuk op die strekking behoeft te worden beschouwd.

Wijze van stemmen

133. Over de wijze waarop de stem kan worden uitgebracht zwijgt de wet. De statuten kunnen regels stellen, mits het stemrecht daardoor niet wordt gefrustreerd. Indien ook de statuten zwijgen, zal de vergadering zelf daarin dienen te voorzien; het komt niet aan de voorzitter toe hierover te beslissen¹. De stemming kan schriftelijk en mondeling geschieden. Mondeling is onder meer hoofdelijk, bij zitten en opstaan of hand opsteken. Acclamatie zou ik ook als mondeling willen beschouwen, ook al wordt daarbij misschien niets gezegd; maar dat gebeurt ook niet bij zitten en opstaan of hand opsteken. Hof 's-Hertogenbosch 25 okt. 1927, NJ 1934, 926 beschouwde echter kennelijk stemmen bij acclamatie als een andere vorm dan mondeling stemmen.

Wordt de statutair geregelde wijze van stemmen niet gevolgd, dan leidt zulks in beginsel tot ongeldigheid van het besluit. Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213: ongeldigheid omdat er mondeling werd gestemd in plaats van schriftelijk. Daarentegen beschouwde Rb. Utrecht 27 april 1932, NJ 1934, 938 een schriftelijke stemming waar een mondelinge was voorgescreven als geldig, omdat de betrokken persoon waarover gestemd werd hierdoor niet geschaad kon zijn. Men kan in zulke gevallen twee gedachten volgen. Ofwel: aan de strekking van de bepaling is door de schriftelijke stemming (ook) voldaan en daarom is er geldigheid, ófwel: aan de bepaling is niet voldaan en daarom is er ongeldigheid, maar niemand is er door geschaad en heeft er dus belang bij op die ongeldigheid een beroep te doen. Het lijkt er op, dat de Utrechtse rechtbank de tweede gedachte heeft gevolgd, ik zou de voorkeur aan de eerste geven. In die richting ook Hof 's-Hertogenbosch bovengenoemd.

1. Denijs, a.w., p. 58.

Andere organen dan de algemene vergadering

134. Hetgeen hiervoor is uiteengezet met betrekking tot de algemene vergadering geldt voorzover toepasselijk evenzeer voor andere organen. In statuten treft men echter zelden of nooit voor andere organen regels op het stuk van besluitvorming aan; een enkele keer nog wel eens voor de vergadering van houders van prioriteitsaandelen en soms voor die van commissarissen ¹. De wijze van totstandkomen van besluiten van andere organen dan de algemene vergadering dient daarom overwegend aan de goede trouw te worden getoetst.

In beginsel is er evenmin verschil tussen besluitvorming van een meerhoofdig en van een éénhoofdig orgaan. Kwesties als deze komen echter bij éénhoofdige organen niet veel voor; voor wat de algemene vergadering betreft reeds omdat steeds het gehele geplaatste kapitaal aanwezig is. Oligarchische clausules spelen daarbij nog wel eens een rol. Of de geldigheid tot nietigheid dan wel slechts vernietigbaarheid leidt, zal in de volgende paragraaf worden behandeld.

§ 6 ONGELDIGHEID WEGENS STRIJD MET DE STATUTEN DIENT IN ALLE GEVALLEN Vernietigbaarheid te zijn

Inleiding

135. De wet leert niets omtrent de geldigheid van besluiten van rechtspersonen in het algemeen; zij zegt dus ook niet, dat een besluit in afwijking van de statuten genomen nietig is. De enige bepaling, waarin hierover iets staat, is art. 46a K. Zoals ik reeds heb uiteengezet ², regelt dit artikel niet meer dan dat inbreuk op wettelijke of statutaire bepalingen terzake de wijze waarop besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders tot stand komen tot vernietigbaarheid van die besluiten leidt. De ongeldigheid wegens onbevoegdheid van het orgaan en, voor wat besluiten van andere organen dan de algemene vergadering betreft, wegens een gebrek in de wijze van totstandkomen is niet nader geregeld.

Is het nu nodig dat een besluit tot uitkering van meer winst dan de statuten toelaten in een jaar waarin veel winst is gemaakt nietig is, wanneer niemand daardoor is benadeeld en niemand er bezwaar tegen maakt? Moet een besluit tot voortzetting van de exploitatie van het door de vennootschap uitgeoefende bedrijf in de vorm van een coöperatieve vereniging en overdracht van het bedrijf aan die coöperatieve vereniging nietig zijn, wanneer niemand er door

1. Statuten N.V. Hoogovens.

2. Hoofdstuk II, paragraaf 3.

wordt benadeeld en niemand bezwaar heeft? Waarom zou een besluit tot inkoop van eigen aandelen door de algemene vergadering, terwijl die bevoegdheid statutair tot het bestuur behoort, nietig moeten zijn wanneer niemand wordt benadeeld en bezwaar heeft? Is het noodzakelijk, dat een besluit van de vergadering van houders van prioriteitsaandelen met nietigheid is behept, omdat de oproepingstermijn niet precies in acht is genomen?

Jurisprudentie

136. Wat zegt de jurisprudentie hierover? Aan de terminologie mag niet te veel betekenis worden gehecht wegens het nogal wisselvallige gebruik daarvan. Uitdrukkingen als ongeldig, nietig, krachteloos, van onwaarde, onbestaanbaar, enz., zijn door elkaar gebezigd, ongeacht of het nu om een nietig dan wel een vernietigbaar besluit ging. Maar dat speelde voor de betrokkenen ook niet zo'n grote rol. Immers, in alle gevallen, die tot een rechterlijke uitspraak hebben geleid, is in wezen een beroep op beweerde ongeldigheid gedaan, zodat het meestal niet van praktisch belang was of het besluit nu nietig verklaard dan wel vernietigd werd.

De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt geen duidelijk beeld.

HR 6 feb. 1931, NJ 1931, 1392:

Dit arrest betrof een gebrek in de wijze van totstandkomen, een stem was van onwaarde. De overwegingen van de Hoge Raad kwamen zakelijk hierop neer: een ongeldig besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders kan geen rechtsgevolgen hebben; niemand hoeft, om de geldigheid dier rechtsgevolgen te betwisten, te wachten totdat de rechter het besluit ongeldig of nietig heeft verklaard; deze nietigheden konden van den beginne af door de belanghebbenden worden ingeroepen en de rechter heeft niets gedaan dan de reeds tevoren bestaande ongeldigheid der bedoelde handelingen te constateren.

Het lijkt er op, alsof de Hoge Raad hier aan nietigheid dacht. Als dat zo is, komen de overwegingen in strijd met de duidelijke betekenis van art. 46a K.

HR 11 mei 1931, NJ 1931, 857:

In dit geval wordt eveneens beslist over een gebrek in de wijze van totstandkomen. De van belang zijnde overweging luidt hier: 'dat volgens art. 46a K een onrechtmatig besluit van aandeelhouders eener naamloze vennootschap nietig is en niet bindt, terwijl die nietigheid . . . ook kan worden ingeroepen in de requestprocedure van art. 20 der Handelsregisterwet 1918, tenzij uit deze wet en hare geschiedenis het tegendeel blijkt'.

Men zou uit dit arrest kunnen lezen, dat de Hoge Raad de ongeldigheid slechts als een vernietigbaarheid heeft gezien, waarop ook het gebruik van het woord 'ingeroepen' zou kunnen wijzen. Anderzijds duiden de woorden '... nietig is en niet bindt ...' eerder op aanvaarding van nietigheid dan vernietigbaarheid. Maar, zoals ik al heb gezegd, het is dubieus of aan

zo'n terminologie beslissende betekenis mag worden gehecht.

HR 14 dec. 1932, W 12872:

Bij dit arrest heeft de belastingkamer van de Hoge Raad een nogal bekritiseerde uitspraak gedaan in een geval, waarin reservering in strijd met de statuten had plaats gevonden; een geval dus van materiële ongeldigheid. De Hoge Raad overwoog hier:

'dat goenerlei wetsbepaling voorschrijft, dat ieder besluit in afwijking van de statuten genomen steeds nietig is, doch het denkbaar is, dat de bijzondere aard van een statutair voorschrift in verband met het belang dat het beoogt te beschermen, afwijking met instemming van alle aandeelhouders zou toelaten'.

HR 23 jan. 1935, W 12872:

Bij dit eveneens nogal bekritiseerde arrest laat de belastingkamer erop volgen:

'dat ingeval de directeur eener naamlooze vennootschap handelingen verricht, welke door het bij de statuten omschreven doel der vennootschap niet worden gedekt, bij de belastingheffing, zoolang niet door de naamlooze vennootschap zelve of eenige andere daartoe naar het burgerlijk recht bevoegde de nietigheid is ingeroepen, ten opzichte van den fiscus van de geldigheid eener voor de vennootschap gesloten overeenkomst moet worden uitgegaan'.

De Hoge Raad kiest in deze beide laatste arresten duidelijk voor vernietigbaarheid, terwijl het hier toch ging om een vraag van materiële ongeldigheid. Wolfsbergen¹ heeft getracht hiervoor een verklaring te vinden vanuit zijn sociale visie op de taak van de overheid voor wat de belastingheffing betreft. Er bestaat niet op zichzelf een redelijk belang voor de staat zoveel mogelijk belastingpenningen te vergaren, doch slechts voorzover dat in overeenstemming is met die taak; het doel van de inkomstenbelasting is globaal gesproken de burgers naargelang van hun draagkracht, voorzover die uit hun inkomen blijkt, in de staatsuitgaven te doen bijdragen; de draagkracht wordt echter niet verhoogd door niet-uitgekeerde winst, zo schrijft hij. Wat er van deze argumentering ook zij, mij lijkt dat de Hoge Raad veeleer aldus heeft beslist omdat hij de fiscus niet heeft willen beschouwen als een belanghebbende die op de ongeldigheid van een antistatutaire handeling een beroep kan doen. In dezelfde geest oordeelde de Hoge Raad ook nog in zijn arrest van 12 okt. 1955, BNB 1955, 360. Waarom de arresten van 1932 en 1935 zo bekritiseerd zijn, is mij niet geheel duidelijk. Ik kan het wel met deze uitspraken eens zijn.

HR 8 april 1938, NJ 1938, 1076 en 16 juni 1944, NJ 1944, 443:

In deze arresten gebruikt de Hoge Raad een letterlijk gelijkluidende overweging, terwijl het eerste arrest een geval van materiële en het tweede een geval van formele ongeldigheid betrof. In beide arresten spreekt de Hoge

1. NV 12, p. 134.

Raad zich onomwonden uit ten gunste van de nietigheid. De betreffende overwegingen zijn nogal wetshistorisch gefundeerd en laat ik daarom geheel volgen:

‘dat de akte van oprichting eener naamlooze vennootschap, omtrent totstandkomen en openbaar maken van welk stuk de wet voorschrijft geeft en dat aan den minister van justitie moet worden ingezonden ter verkrijging van de verklaring zonder welke de naamlooze vennootschap niet kan aanvangen, regelen stelt, die – behoudens wijziging met inachtneming van wat daaromtrent geldt – rechte onaanastbaar zijn voor elk orgaan van de naamlooze vennootschap, dus ook voor de algemeene vergadering van aandeelhouders, zooals mede uitkomt in het inleidend artikel van de aan haar in het Wetboek van Koophandel gewijde paragraaf, dat aan de algemeene vergadering alle bevoegdheid geeft, die niet aan het bestuur of anderen is toegekend, doch binnen de door de wet en de akte van oprichting gestelde grenzen;

dat de wet geen grond oplevert om aan te nemen, dat een besluit der algemeene vergadering de kracht der statuten wel vermag te verbreken indien het is genomen met de stemmen van alle aandeelhouders, integendeel de geschiedenis der wet daartegen spreekt;

dat toch art. 46d van het oorspronkelijk ontwerp (Handelingen der Staten-Generaal 1909–1910, Bijlagen no. 217.2) inhield, dat besluiten van de algemeene vergadering tot stand gekomen op een wijze strijdig met de wet of met een wettige bepaling der akte van oprichting nietig zijn, welke bepaling de regeering zelve, blijkens de toelichting, beschouwde als een axioma, maar nochtans in het ontwerp meende te moeten opnemen om voorgoed de onjuistheid vast te stellen van de opvatting, dat van bepalingen van de akte van oprichting kan worden afgeweken, zoo slechts alle aandeelhouders daarin toestemmen;

dat deze bepalingen wel niet meer voorkomen in het gewijzigde ontwerp (Handelingen der Staten-Generaal 1924–1925, Bijlagen no. 69.2) doch alleen omdat de regeering blijkens haar antwoord op het verslag van de commissie van voorbereiding de bepaling overbodig achtte:

dat dus ook blijkens de geschiedenis der wet haar bijzondere bepalingen, waarin de mogelijkheid van afwijking van zekere voorschriften van wet of statuten wordt erkend, mits zulks geschiedt met medewerking van alle aandeelhouders, slechts zijn te beschouwen als uitzondering op het aan de wet ten grondslag liggend stelsel van volstreekte nietigheid van met de statuten strijdige besluiten van de algemeene vergadering van aandeelhouders, zoodat ook aan het bestaan van deze bepalingen geen steun valt te ontleenen voor de opvatting, dat samenwerking van alle aandeelhouders, naar de voor ieder geval te beoordelen omstandigheden, de statuten kan ter zijde stellen’.

Sedert deze arresten zijn door de Hoge Raad geen uitspraken gedaan, waaruit duidelijk een ander standpunt blijkt. Alhoewel, nogmaals, de terminologie nooit geheel zuiver is en het gevaarlijk is uit deze terminologie conclusies te trekken, lijkt het er toch op, vooral gezien de uitvoerige overwegingen in de beide laatste arresten, dat de Hoge Raad een besluit van de algemeene vergadering in strijd met de statuten genomen nietig oordeelt, ongeacht of het gebrek door onbevoegdheid of door een ongeldige wijze van totstandkomen is ontstaan en ongeacht of het besluit door alle aandeelhouders is gesteund. Ten aanzien van besluiten van andere organen zal het standpunt dan niet anders zijn.

Nietigheid onaanvaardbaar

137. Indien deze conclusie juist is, bevredigt zij niet. Het historische argument van de Hoge Raad klinkt niet erg overtuigend. Dat het niet opgaat voor wat betreft gebreken in de wijze van totstandkomen van besluiten van de algemene vergadering heb ik reeds uiteengezet. Maar ook voor wat de onbevoegdheid van het orgaan betreft, is een ander standpunt evenzeer met een beroep op de historie te verdedigen.

Art. 46d K van het oorspronkelijke ontwerp sprak wel van 'nietig' en de regering vond die bepaling wel een axioma, zelfs zo dat deze later uit het gewijzigd ontwerp werd gelaten, maar art. 47e K van het oorspronkelijk ontwerp bepaalde, dat het recht om zich te beroepen op de nietigheid na zes maanden verviel. Er werd dus een beroep op de ongeldigheid nodig geoordeeld en het recht om dat te doen verviel na verloop van tijd. Dat is niet te rijmen met nietigheid van rechtswege. Men kan de bedoeling van de wetgever evengoed zo lezen, dat op gebreken in de wijze van totstandkomen na zes maanden geen beroep meer gedaan kan worden maar dat deze termijn niet geldt voor gebreken wegens onbevoegdheid; dat dus bij de eerste gebreken de vernietigbaarheid vervalt, bij de tweede niet. Het ongenuanceerde gebruik van woorden als 'nietig' en 'nietigheid' kan daaraan geen afbreuk doen.

Reeds P. Scholten was met de leer van de Hoge Raad niet gelukkig ¹. Teneinde aan de strenge consequenties enigszins te ontkomen, stelde hij de onderscheiding voor: bij onbevoegdheid nietigheid en bij een gebrek in de wijze van totstandkomen vernietigbaarheid. Bregstein volgde deze onderscheiding in zijn bewerking van Scholten's *Personenrecht* ². Enig onderscheid maakte ook Hülsmann, te weten tussen 'heelbare vormvereisten en vormvereisten, die een dusdanig onontbeerlijk en essentieel karakter dragen, dat inbreuken er op onder geen omstandigheden voor heling vatbaar zijn'. Zijn constatering van 'een ontwikkeling, die in het gehele verenigingsrecht is aan te wijzen, en die erop is gericht, om bij de hoger ontwikkelde verenigingsvormen de nietigheid van besluiten binnen zo eng mogelijke grenzen te beperken, en haar, waar dat kan, te vervangen door een aan strenge voorwaarden gebonden vernietigbaarheid' is, althans in de jurisprudentie van de Hoge Raad, nog niet gerealiseerd.

Van der Heijden achtte doorvoering van het beginsel van absolute nietigheid bij inbreuk op de statuten weinig minder dan ontstellend ³. Het enkele feit, dat een besluit in strijd met een bepaling der statuten is genomen, is voor hem niet voldoende dit besluit zonder onderscheid nietig te verklaren. De rechter behoort in elk geval na te gaan of de niet-naleving der statuten het

1. Annotatie onder HR 15 juni 1928, NJ 1928, 1626; *Personenrecht* 1929, p. 614-615; annotatie onder HR 29 nov. 1934, NJ 1935, 698; *Personenrecht* 1940, p. 142-143.

2. Asser-Bregstein, p. 170-171.

3. NV 12, p. 339.

verdedigde belang ernstig heeft geschaad ¹. Deze opvatting past wel zeer bij zijn contractuele visie, maar getuigt van meer praktische zin dan de jurisprudentie soms lijkt te tonen. In de geest van Van der Heijden oordelen ook Van Praag ², Rozendaal ³ en Verdam ⁴.

Met Van der Heijden meen ik, dat doorvoering van de nietigheid onaanvaardbaar is. Een argument voor nietigheid kan ik aan de wetsgeschiedenis niet ontlelen, eerder het tegendeel. De doelmatigheid eist vernietigbaarheid, met betrekking tot alle organen en ongeacht materiële of formele ongeldigheid wegens inbreuk op de statuten; de rechter kan dan beoordelen of de inbreuk van dien aard is dat vernietiging moet volgen. Ik wijs er nog eens op, dat bij gelijktijdige inbreuk op wet én op statuten de laatste geen zelfstandige betekenis heeft. De gevolgen van de eerste zijn dan alleen relevant.

138. Het nieuwe BW past zich bij de vereiste doelmatigheid aan en verklaart een besluit bij strijd met de statuten vernietigbaar, ongeacht de aard van het gebrek, art. 2.1.8a 1 sub b. De termijn om de vernietiging te vragen wordt nu één jaar, lid 3. Deze bepaling geldt voor besluiten van alle organen, art. 2.1.9a.

1. WPNR 3456.

2. NV 6, p. 41 e.v.

3. Diss., p. 88.

4. Diss., p. 132-133.

VI. Ongeldigheid van het besluit wegens strijd met de goede trouw

§ 1 INLEIDING

Betekenis van goede trouw

139. De goede trouw is een bron van ongeschreven recht evenals de openbare orde en goede zeden. In hoofdstuk III paragraaf 1¹ heb ik reeds in het kort de verhouding tussen de goede trouw enerzijds en de openbare orde en goede zeden anderzijds uiteengezet.

De goede trouw is niet een geheel van abstracte normen, doch geeft concrete normen voor het handelen ten opzichte van een ander, met wie men in een bepaalde rechtsbetrekking komt of staat. In het licht van die rechtsbetrekking is te goeder trouw handelen verplicht; bij dat handelen dient men de belangen van de andere betrokkenen mede in acht te nemen en deze, afwegend tegen de eigen belangen, desnoods te ontzien. De goede trouw vergt dan ook in iedere concrete situatie een op die situatie geënte belangenafweging².

Vanouds werd de goede trouw als bron van ongeschreven recht steeds gezien in het kader van een obligatoire overeenkomst, art. 1374 en 1375 BW, uitgebreid tot quasi-overeenkomsten zoals zaakwaarneming³. In de laatste

1. Nr. 161.

2. Eggens, WPNR 4054; Van der Grinten, Handelen te goeder trouw, in Opstellen aangeboden aan Prof. Mr B. H. D. Hermesdorf, 1965, p. 160; Maeijer, NV 42, p. 154 e.v. en p. 169; Wery, NV 43, p. 64 en 66. Niet duidelijk is hoe A. van Oven in WPNR 4956, p. 294, n.a.v. HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 kan stellen '... als het er alleen maar om ging of het belang van de vennootschap tot herkapitalisatie moest leiden, bestond aan enige voorafgaande afweging tegen andere belangen geen enkele behoefte'. Immers, de goede trouw vergt stéeds belangenafweging.

3. Op zaakwaarneming zijn immers verschillende typisch contractuele rechten en plichten van toepassing: de zaakwaarnemer moet de waarneming voortzetten, art. 1390 lid 1 en 1391 BW; hij moet als een goed huisvader beheer voeren, art. 1392 lid 1 BW; hij heeft plichten als uit lastgeving, art. 1390 lid 3 BW; waartegenover voor degene wiens zaak wordt waargenomen uiteraard evenzeer plichten als uit lastgeving bestaan.

decennia zijn door de Hoge Raad normen van goede trouw ook toepasselijk geacht op andere rechtsbetrekkingen dan uit overeenkomst en quasi-overeenkomst, zoals uit ervengemeenschap¹ en uit ontbonden huwelijksgemeenschap², terwijl ook onderhandelende partijen hun handelen op de goede trouw dienen af te stemmen³. De neerslag van deze ontwikkeling is reeds te bespeuren in het nieuwe BW, waar krachtens art. 6.1.1.2⁴ partijen bij elke verbintenis zich als schuldeiser en schuldenaar overeenkomstig de eisen van goede trouw zullen dienen te gedragen.

Bij de langdurig gehandhaafde contractuele visie van de Hoge Raad met betrekking tot de n.v. was toepassing van normen van goede trouw op de besluitvorming een normale constructie. Daar de Hoge Raad het besluit als uitvoering van een overeenkomst beschouwde, waren de art. 1374 en 1375 BW toepasselijk; er werd soms zelfs uitdrukkelijk naar deze artikelen verwezen⁵. In andere arresten zijn deze artikelen weliswaar niet genoemd, doch is de constructie dezelfde gebleven⁶. In hoofdstuk I paragraaf 3 heb ik reeds uiteengezet dat deze constructie niet aanvaardbaar is, omdat het besluit niet als uitvoering van een overeenkomst kan worden gezien. Daar zou bovendien als bezwaar aan verbonden zijn, dat dan slechts de belangen van de partijen bij die overeenkomst in aanmerking kunnen worden genomen.

Thans mag deze constructie ook door de Hoge Raad⁷ wel als verlaten worden beschouwd, normen van goede trouw worden voor het interne handelen van de n.v. gesteld als normen van ongeschreven recht zonder enig verband met de wet. In het arrest van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 is, naar ik meen, de Hoge Raad deze laatste weg ingeslagen, waar hij overwoog:

'dat, ook indien aan alle formele vereisten, bij wet of statuten voor de wijze van oproeping van een aandeelhoudersvergadering gesteld, is voldaan, de eisen van redelijkheid en billijkheid, die aandeelhouders jegens elkander in acht hebben te nemen, onder omstandigheden kunnen medebrengen, dat een aandeelhoudersvergadering niet tot het nemen van een besluit aangaande een onderwerp waarbij de belangen van bepaalde aandeelhouders

1. HR 20 dec. 1946, NJ 1947, 59.

2. HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563.

3. HR 15 nov. 1957, NJ 1958, 67.

4. '1. De partijen bij een verbintenis zijn jegens elkander verplicht zich als schuldenaar en als schuldeiser overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen.

2. De schuldeiser kan zijn recht niet uitoefenen, voorzover hij in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen door de schuldenaar aan diens verplichting te houden'.

5. 21 mei 1943, NJ 1943, 484 en 1 april 1949, NJ 1949, 465. Vergelijk terzake coöperatieve verenigingen HR 29 nov. 1923, NJ 1924, 129; 2 dec. 1926, NJ 1927, 102; 15 juni 1928, NJ 1928, 1626; 18 april 1929, NJ 1929, 900 en 25 april 1929, NJ 1929, 1261.

6. 9 jan. 1941, NJ 1941, 528; 13 feb. 1942, NJ 1942, 360; 31 jan. 1947, NJ 1948, 115; 9 jan. 1953, NJ 1953, 460; 27 jan. 1956, N.J. 1956, 48; 4 maart 1960, NJ 1962, 6 en 11 jan. 1963, NJ 1964, 433.

7. In de literatuur is deze constructie reeds eerder verlaten. Zie hierover hoofdstuk I, paragraaf 1.

INLEIDING

in bijzondere mate zijn betrokken, overgaat, alvorens te hebben nagegaan of die aandeelhouders genoegzaam in de gelegenheid zijn gesteld aan de besluitvorming over dit hen in het bijzonder rakende onderwerp deel te nemen'.

De Hoge Raad vervolgde dan, zonder verwijzing naar enig artikel, dat het hof door het bewuste besluit ongeldig te oordelen het recht niet had geschonden ¹.

Dat voor deze nieuwe constructie geen rechtstreekse steun in de wet is te vinden mag geen bezwaar zijn. De wet geeft toch al nauwelijks bepalingen voor de geldigheid van rechtshandelingen in het algemeen – slechts art. 14 Wet AB en art. 1377 BW – en in het geheel niet voor geldigheid van besluiten. Bovendien bedenke men nogmaals, dat het privaatrecht niet tot de wet beperkt is. Deze nieuwe constructie biedt meer mogelijkheden tot afweging van alle behartigenswaardige belangen, immers niet meer de belangen van slechts de besluitvormers, doch thans van alle bij het besluit betrokkenen, zoals tantiëmist, crediteuren en werknemers.

Het nieuwe BW brengt op dit punt verduidelijking, doordat in boek 3 de gehele titel 2 wordt gewijd aan rechtshandelingen in het algemeen en in boek 2 titel 1 speciale bepalingen worden gegeven voor besluitvorming van organen van rechtspersonen, de art. 2.1.8 t/m 2.1.9a. In art. 2.1.8a 1 sub c wordt de goede trouw gesteld als norm voor rechtstreekse toetsing van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze bepaling geldt krachtens art. 2.1.9a ook voor besluiten van andere organen. Tijdens de parlementaire behandeling is het geen discussiepunt meer geweest of besluiten rechtstreeks aan de goede trouw konden worden getoetst. Daar werd zonder meer van uitgegaan.

Goede trouw, redelijkheid en billijkheid hebben gelijke betekenis

140. In de jurisprudentie worden bij toetsing van besluiten de termen goede trouw, redelijkheid en billijkheid veelal door elkaar gebruikt zonder dat duidelijk is waarom nu eens aan de ene dan weer aan de andere term de voorkeur wordt gegeven. Zie bijv. HR 29 nov. 1923, NJ 1924, 129: redelijkheid en billijkheid; 2 dec. 1926, NJ 1927, 102: goede trouw, redelijkheid en billijkheid; 15 juni 1928, NJ 1928, 1626: de statuten moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht, zodat wijziging om geldig te zijn naar inhoud en wijze van totstandkomen moet voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid; 18 april 1929, NJ 1929, 900: redelijkheid en billijkheid; 25 april 1929, NJ 1929, 1261: redelijkheid, billijkheid en goede trouw; 13 feb. 1942, NJ 1942, 360: goede trouw; 21 mei 1943, NJ 1943, 484: goede trouw; 27 jan. 1956, NJ 1956, 48: redelijkheid en billijkheid; 11 jan. 1963, NJ 1964, 433:

1. Van der Grinten, *Handelen te goeder trouw*, in *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr B. H. D. Hermesdorf*, 1965, p. 160; Maeijer, NV 42, p. 154-155.

redelijkheid en billijkheid; en tenslotte 30 okt. 1964, NJ 1965, 107: redelijkheid en billijkheid. Een lijn is hierin niet te ontdekken. Het komt mij voor, dat door de Hoge Raad met redelijkheid, billijkheid en goede trouw telkens hetzelfde wordt bedoeld. Het zijn dezelfde normen van ongeschreven recht ¹.

In het nieuwe BW wordt in art. 2.1.7b ² gesproken van redelijkheid en billijkheid en in 2.1.8a ¹ ³ van goede trouw. Naar een verklaring voor dit onderscheid gevraagd gaf de regering de toelichting, dat redelijkheid en billijkheid in art. 2.1.7b de objectieve goede trouw weergeven, doch dat goede trouw in art. 2.1.8a ¹ deze betekenis heeft, dat terwijl men op zich genomen heeft zich te zullen neerleggen bij meerderheidsbesluiten desondanks die gehoudenheid kan worden doorbroken met een beroep op schending van de goede trouw in de zin van misbruik van meerderheidsmacht ⁴. Vreemd genoeg schijnen de parlementariërs deze toelichting een voldoende verklaring te hebben gevonden. De toelichting maakt echter het probleem moeilijker dan nodig is. Schending van goede trouw is immers ook mogelijk wanneer niet de meerderheid doch de gehele vergadering het besluit neemt, zelfs als alle aandeelhouders aanwezig zijn. Het verschil in terminologie lijkt een reële basis te ontberen. In beide artikelen wordt, zo mag men aannemen, verwezen naar dezelfde bron van ongeschreven recht, die met slechts één term ware aan te duiden: goede trouw ⁵.

Objectief criterium

141. Bij de toetsing van besluiten aan normen van goede trouw, dienen deze normen in objectieve zin te worden verstaan. Niet het subjectieve inzicht van de besluitvormer, niet de persoonlijke gezindheid van de betrokkene, doch een geobjectiveerde benadering is maatstaf. Het is niet van belang hoe de besluitvormer subjectief tegenover de belangenafweging heeft gestaan, doch hoe hij dit redelijkerwijze had kunnen en daarom moeten doen, bezien tegen de achtergrond van de plaats die de besluitvormer in het vennootschappelijk verband inneemt. Hetzelfde probleem kan en mag dan ook door het ene

1. Maeijer, NV 42, p. 155. Anders S. Gerbrandy, WPNR 4745; Löwensteyn, De relativiteit van de contractuele norm, rede Tilburg, 1967.

2. 'Een rechtspersoon, haar leden of aandeelhouders en zij die deel uitmaken van haar organen moeten zich jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'

3. 'Een besluit van de algemene vergadering van een vereniging of van een naamloze vennootschap kan door een rechterlijk vonnis worden vernietigd:

a. wegens strijd met de wettelijke bepalingen die de bevoegdheid van de algemene vergadering en de wijze van totstandkomen van besluiten regelen;
b. wegens strijd met de statuten;
c. wegens strijd met de goede trouw.'

4. Van Zebe, p. 136.

5. Maeijer, NV 42, p. 155.

orgaan anders beoordeeld worden dan door het andere. Anders dan bij de openbare orde en goede zeden geldt hier niet het inzicht van een weldenkende bovenlaag, maar van een in de concrete situatie redelijk oordelende aandeelhouder, bestuurder, commissaris, n.v., enz.¹.

Op een enkele uitzondering na is in de jurisprudentie bij de toetsing van besluiten aan normen van goede trouw ook steeds van een objectief criterium uitgegaan. Van subjectieve goede trouw werd uitgegaan in HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360 (eerste Baus/De Koedoe-arrest) en in navolging hierop letterlijk ook door Rb. Arnhem 17 jan. 1946, NJ 1947, 280: strijd met de goede trouw (of met de openbare orde en goede zeden) bij opzet om hetzij zichzelf of een derde onbillijk te bevoordelen, hetzij de vennootschap of een derde te schaden. Van objectieve goede trouw werd daarentegen uitgegaan in HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484 (tweede Baus/De Koedoe-arrest); 31 jan. 1947, NJ 1948, 115 (derde Baus/De Koedoe-arrest); 9 jan. 1953, NJ 1953, 460; Rb. Utrecht 15 mei 1953, NJ 1954, 337; Hof Arnhem 24 dec. 1963, NJ 1964, 232; Rb. Amsterdam 2 dec. 1959, in HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433, telkens: redelijk handelende vennootschap; HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 48: redelijk denkende directie; Hof Leeuwarden 7 jan. 1948, NJ 1949, 22: nu de n.v. niet wist noch had moeten weten . . . geen strijd met goede trouw; Rb. Rotterdam 16 juni 1933, W 12667: het komt niet aan op de motieven van de besluitvormers doch op de strekking van het besluit: Rb. Groningen 18 jan. 1957, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434: redelijk mens.

De subjectieve gezindheid is wel van belang voor aanwezigheid van kwade trouw als bedoeld in art. 46a lid 2 K².

De werking van de goede trouw

142. Bij de toetsing van het besluit aan normen van goede trouw, zowel naar zijn wijze van totstandkomen als naar zijn inhoud, onderscheidt men een drietal functies van de goede trouw³:

- a. interpreterende werking,
- b. aanvullende werking,
- c. corrigerende werking.

Deze functies zal ik aan een nader onderzoek onderwerpen.

1. Van der Grinten, NV 21, p. 185-186; Stein, NV 39, p. 13; Maeijer, NV 42, p. 155 en NV 44, p. 229.

2. Handboek, nr. 223.2; Maeijer, NV 42, p. 155; Rb. Amsterdam 27 juni 1933, NJ 1934, 1073; HR 29 jan. 1943, NJ 1943, 198; Hof 's-Gravenhage 27 juni 1963, in HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107.

3. Maeijer, Matiging van schadevergoeding, diss. Nijmegen 1962, p. 25 e.v.

Interpreterende werking van de goede trouw

143. Interpretëren van een toepasselijk geachte regel is het opsporen en aangeven van de zin daarvan ¹, het vaststellen van de gelding van die regel. De goede trouw verleent daarbij hulp.

Telkens wanneer over een besluit moet worden geoordeeld en daarbij over de toepasselijkheid van een in de wet of de statuten neergelegde bepaling moet worden beslist, is er sprake van interpretatie ². De mening is nogal verbreid, dat interpretatie eerst bij onduidelijkheid in de bewoordingen van de bepaling begint, dat de verschillende methoden van interpretatie eerst zijn aan te wenden als de letterlijke tekst tekort schiet. Deze mening is onjuist.

De bewoording van een bepaling geeft een meer of minder scherp omlijnde voorstelling weer. Van geen enkele bewoording kan echter worden gezegd, dat deze volkomen duidelijk is en dat dus de daaraan beantwoordende voorstelling volkomen omlijnd is ³. Op zich zelf duidelijke woorden zijn er zelfs niet. Terecht zegt Bregstein ⁴: 'Woorden ontleenen hun betekenis aan het verband, waarin zij worden gebruikt en aan de betekenis, die degeen, die ze uitte en hij, die ze vernam, eraan hechten'.

De geschreven regel is nooit meer dan een ruwe schets, een algemene beïjning van de situatie waarop de makers van die regel de door hen gestelde norm van toepassing achten. Dat geldt evenzeer voor een overeenkomst ⁵. De omstandigheden van het concrete geval beantwoorden nooit volledig aan de voorstelling van de makers van de toepasselijk beoogde bepaling.

Wanneer een rechter, die over het concrete geval krijgt te oordelen, constateert dat de bepaling duidelijk is, interpreteert hij reeds. Hij zegt dan slechts, dat de zin van de toepasselijk geachte regel bij iedere aandachtige lezer dezelfde voorstelling in het leven roept. Doch dan heeft hij daarmee tevens reeds de zin van die regel opgespoord en aangegeven. Art. 1378 BW verbiedt ook niet interpretatie bij duidelijke bewoordingen van een overeenkomst, doch verbiedt slechts in zo'n geval door interpretatie van de duidelijke bewoordingen af te wijken. De rechter heeft bij zijn interpreterende arbeid verschillende methoden te zijner beschikking. De redelijkheid en billijkheid, de goede trouw dus, dienen daarbij echter telkens als desem te werken. De rechter zal naar een zin der toepasselijk geachte bepaling zoeken, die onder de concrete omstandigheden het meest redelijk en billijk is ⁶.

1. Macijer, diss., p. 31.

2. Strikt genomen geldt dit ook voor bepalingen van openbare orde en goede zeden. Maar omdat deze, voorzover zij niet in wettelijke regelingen zijn uitgewerkt, nergens zijn 'neergelegd' en de gevallen van de praktijk zich toespitsen op de bepalingen van wet en statuten, zal ik mij hiertoe beperken.

3. Asser-Scholten, Algemeen deel, 2e druk, p. 50.

4. M. H. Bregstein, De beteekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten, rede Rotterdam 1935, in Verzameld werk I, 1960, p. 177.

5. Löwensteyn, rede, p. 7.

6. Zie voor interpretatie van statuten uitvoeriger hoofdstuk V, paragraaf 1.

144. Het Forumbankarrest van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 m.n. Hijmans van den Bergh geeft een fraai voorbeeld van interpretatie van statuten aan de hand van de goede trouw.

Volgens art 6 was het besturen der vennootschap zonder enige beperking opgedragen aan het bestuur. In art 4 waren bijzondere bepalingen vervat betreffende emissie van nieuwe aandelen en inkoop van eigen aandelen. Lid 2 van dit artikel luidde: 'De uitgifte der overige aandelen of enig deel daarvan zal geschieden naargelang daartoe door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt besloten, welke tevens de koers (mits niet beneden pari) en de verdere voorwaarden van uitgifte vaststelt, behoudens de volstorting der aandelen bij hun uitgifte'. Lid 3 van dit artikel luidde: 'De vennootschap is bevoegd aandelen in haar maatschappelijk kapitaal voor eigen rekening onder bezwarende titel te verkrijgen tot ten hoogste de helft van haar geplaatst maatschappelijk kapitaal'.

Bij vergelijking van de leden 2 en 3 van art. 4 zou men wellicht geneigd zijn te redeneren, dat, nu lid 2 de aldaar geregelde bevoegdheid aan de algemene vergadering toekende, de bevoegdheid van lid 3 evenzeer door de algemene vergadering diende te worden uitgeoefend. Zo redeneerde echter niet het Hof Amsterdam op 21 april 1954. En waarom niet?

Het bestuur en de voltallige raad van commissarissen hadden ernstige bezwaren tegen inkoop van een groot pakket eigen aandelen van twee aandeelhouders, omdat de liquiditeit van de vennootschap daardoor zeer in gevaar dreigde te komen. Een besluit tot inkoop van die aandelen achtten zij in strijd met de belangen van de vennootschap en van de andere aandeelhouders. Toch dreven de twee aandeelhouders, die tezamen de meerderheid in de algemene vergadering vormden, een besluit tot inkoop door, zulks teneinde de koopprijs te compenseren met een schuld hunnerzijde aan de vennootschap.

Het hof oordeelde het besluit ongeldig. Het interpreteerde de statuten in deze zin, dat de bevoegdheid van art. 4 lid 3 uitsluitend aan het bestuur toekwam. Het hof heeft bij deze interpretatie in ernstige mate rekening gehouden met de belangen van de vennootschap en met name van de overige aandeelhouders. Het heeft die interpretatie verkozen die onder de gegeven omstandigheden het meest door de goede trouw werd geboden¹. Ook in de lagere jurisprudentie terzake besluiten komen enige gevallen voor, waaruit de helpende werking van de goede trouw bij de interpretatie blijkt.

Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 nov. 1928, NJ 1929, 1026:

In dit geval werd een algemene vergadering van aandeelhouders uitgeschreven door aankondiging in een dagblad dat de enige commissaris niet las, terwijl omtrent het uitschrijven met hem geen overleg was gepleegd of aan hem mededeling was gedaan. De statuten bepaalden, dat aankondiging van de vergadering 'Zoonoodig in een te 's-Gravenhage verschijnend dagblad' diende te geschieden. De president overwoog, dat uit de geciteerde passage bleek dat ten opzichte van de commissaris, die in 's-Gravenhage woonde en telefoon had, bijna dagelijks in het bedrijf van de vennootschap kwam en met de directie de zaken besprak, oproeping per advertentie niet noodzakelijk was en zelfs veeleer persoonlijke mededeling had kunnen en dienen te geschieden.

1 Maeijer, NV 44, p 120

Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213:

Hier ging het eveneens om een commissaris, die niet naar behoren was opgeroepen. De van belang zijnde overweging van de rechtbank kwam zakelijk hierop neer: uit de statutaire bepaling, dat commissarissen toezicht houden op het bestuur en daartoe te allen tijde recht op toegang hebben tot de gebouwen en lokaliteiten der vennootschap en recht op inzage der boeken, bescheiden, correspondentie en kas, alsmede uit art. 44a lid 3 K, volgt dat onder de wettelijk en statutair vereiste oproeping tot een algemene vergadering van aandeelhouders de oproeping van een commissaris is begrepen.

Rb. Arnhem 12 nov. 1942, NJ 1943, 846:

Tenslotte betrof ook dit geval een niet behoorlijke oproeping tot een algemene vergadering van aandeelhouders. Er waren maar twee aandeelhouders, ieder voor 50%. De een was bestuurder, de ander commissaris. De statuten bepaalden, dat een oproeping moest geschieden in een te Amsterdam verschijnend dagblad. De bestuurder koos daarvoor het Christelijk Sociaal Dagblad de Amsterdammer, dat een beperkte lezerskring had en door de commissaris als koopman niet werd gelezen. De vergadering was hem dan ook onbekend. De statutaire bepaling, aldus de rechtbank, vergde onder de gegeven omstandigheden een andere uitleg dan de bestuurder eraan had gegeven. Hij had er in feite een uitleg aan gegeven, die onredelijk tegenover de commissaris was.

In alle drie de gevallen was het aangevochten besluit ongeldig wegens inbreuk op de goede trouw, De wettelijke en/of statutaire bepalingen waren niet te goeder trouw toegepast. De interpreterende werking fungeerde als hulpmiddel bij de toetsing van het besluit aan die bepalingen.

145. Is eenmaal, met behulp van de goede trouw, de zin van de toepasselijk geachte bepaling opgespoord en aangegeven, dan kan blijken dat de omstandigheden van het concrete geval dermate verschillen van die welke de makers van de bepaling voor ogen stonden, dat men tot de conclusie moet komen dat de bepaling niet (meer) of niet zonder meer voor het concrete geval is gemaakt. Dan rijst de vraag in hoeverre op grond van de goede trouw bijkomende verplichtingen ontstaan (aanvullende werking) of uitdrukkelijk bepaalde verplichtingen tenietgaan (corrigerende werking). Deze vraag zal nader worden gezien. Daarbij zal ik tot de conclusie komen dat tussen aanvullende en corrigerende werking geen fundamenteel verschil bestaat.

Aanvullende werking van de goede trouw

146. Ik heb er reeds op gewezen ¹ dat de omstandigheden van het concrete geval nooit volledig beantwoorden aan de voorstelling van de makers van de toepasselijk beoogde bepaling. Dat kan ook niet en dat is ook geen bezwaar, want de goede trouw vult de leemtes op.

Wanneer contracterende partijen hun overeenkomst sluiten, hebben zij een bepaalde voorstelling van de omstandigheden waaronder de verplichtingen

1. Nr. 143.

zullen worden nagekomen. Aan eventuele wijziging in die omstandigheden denken zij meestal niet. Bekommeren zij zich wel om die mogelijke wijziging, dan zullen zij die waarschijnlijk in hun overeenkomst verdisconteren. Doch meestal staan zij er niet bij stil, en nog minder bij de rechtsgevolgen die wijziging met betrekking tot hun rechtsverhouding teweeg kan brengen. Bij de uitvoering van de overeenkomst blijkt dan een situatie te bestaan, die de contracterende partijen niet volledig uitdrukkelijk hebben geregeld. Er blijkt een leemte in het op hun rechtsverhouding uitdrukkelijk van toepassing verklaarde recht. Uiteraard speelt hierbij niet iedere wijziging in de omstandigheden een rol; zij zal een bepaalde relevantie moeten hebben. De leemte kan natuurlijk ook welbewust zijn geschapen, teneinde de rechtsverhouding te kunnen aanpassen aan de omstandigheden die zullen gelden op het moment dat de verplichtingen zullen worden nagekomen.

Die leemte moet worden opgevuld. De rechtsverhouding, die de contracterende partijen hebben geschapen, vraagt nu eenmaal om volledige regeling. De partijen zijn over en weer tot meer gehouden dan uitdrukkelijk door hen bepaald is en dan zij zich bij het contracteren hadden voorgesteld. Dat meerdere nu, die aanvulling, wordt door de goede trouw geregeld. Men spreekt daarom van de aanvullende werking van de goede trouw.

Voor overeenkomsten is dat eenvoudig in de wet vastgesteld. Art. 1375 BW bepaalt immers, dat partijen niet alleen aan het uitdrukkelijk geregelde zijn gebonden, maar ook aan al hetgeen naar de aard van de overeenkomst door de billijkheid, het gebruik of de wet wordt gevorderd. De noodzaak leemtes in het uitdrukkelijk bepaalde op te vullen geldt niet alleen bij overeenkomsten. Een regeling van een rechtsverhouding door de wet gedoogt bij toepassing evenmin leemtes, terwijl geen enkele wettelijke norm bij die toepassing het concrete geval volledig dekt. Het rechtssysteem zal dus moeten aanvullen wat de wet niet uitdrukkelijk regelt. Die aanvulling geschiedt met normen van goede trouw ¹.

Hetgeen hier is gezegd over rechtsverhoudingen uit wet of overeenkomst geldt voor iedere rechtsverhouding en dus ook voor besluiten. De wet en de statuten geven voor de besluitvorming slechts een stramen, de schering die naargelang van de omstandigheden van het concrete geval wacht op de inslag van de goede trouw. Deze aanvullende werking van de goede trouw strekt zich zowel tot de totstandkoming als tot de inhoud van het besluit uit.

147. Aanvullende werking van de goede trouw wordt algemeen aanvaard, niet alleen in de literatuur ², doch evenzeer in de jurisprudentie. Ook met betrekking tot besluiten van organen van de n.v. Zo is uit de overwegingen van HR 29 jan. 1943, NJ 1943, 198, zij het nog met voorzichtigheid, op te

1. Hofmann-Van Opstall I, p. 432; Asser-Rutten II, p. 239; Maeijer, diss., p. 25.

2. Hofmann-Van Opstall I, p. 432; Asser-Rutten II, p. 239; Maeijer, diss., p. 25-28; Van der Grinten, *Handelen te goeder trouw*, in *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr B. H. D. Hermesdorf*, 1965, p. 163.

maken, dat onder omstandigheden op grond van de goede trouw een bestuurder-niet-aandeelhouder tot een algemene vergadering van aandeelhouders dient te worden opgeroepen, ook al verplichten de statuten niet uitdrukkelijk tot die oproep. Of deze verplichting alleen door de goede trouw is geboden, is overigens nog een vraag. Van der Grinten verdedigt althans dat deze reeds uit art. 44a lid 3 K voortvloeit wegens de raadgevende stem die een bestuurder heeft ¹. Een zelfde verplichting tot oproeping, thans van een commissaris, nam Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213 aan, doch kwam daartoe niet door aanvulling op grond van goede trouw maar door interpretatie in dezelfde geest als door Van der Grinten verdedigd.

Kan een oproeping van een bestuurder tot bijwoning van een algemene vergadering van aandeelhouders, zo deze al niet door wet of statuten is geboden, door de goede trouw verplicht zijn, nog sterker geldt dit voor een aandeelhouder. Voor hem als deelhebber aan de grondslag van de n.v. en als primair financieel belanghebbende geldt het recht tot bijwonen van de algemene vergadering, aldaar deelhebben aan de beraadslagingen en stem uitbrengen als een der voornaamste rechten. Dit recht dient met waarborgen te worden omgeven. Onder omstandigheden dient het orgaan, dat tot de vergadering oproept, meer te doen dan in wet of statuten is bepaald, teneinde dat recht van de aandeelhouder ook zoveel mogelijk gestalte en inhoud te geven.

Zo vulde dan ook de Rb. 's-Gravenhage reeds op 29 okt. 1927, W 11756 de statutaire verplichtingen van het oproepend orgaan op grond van de goede trouw aan:

Al bestond statutair slechts de verplichting een te houden algemene vergadering van aandeelhouders in twee niet met name genoemde nieuwsbladen aan te kondigen, toch bracht een behoorlijke opvatting van de verhouding tussen de vennootschap en haar aandeelhouders mee, dat zij niettemin voldeed aan een verzoek van een aandeelhouder, die eigenaar was van toonderaandelen tot f 80 000 nominaal, om tijdige mededeling van tijd en plaats voor het houden van zodanige vergadering aan hem persoonlijk nu hij in het buitenland vertoefde. Het door de vennootschap geopperde bezwaar, dat wel eens meer aandeelhouders met een zelfde verzoek zouden kunnen komen, werd van de hand gewezen; dat zou met een eenvoudige circulaire immers zijn op te vangen.

Deze uitspraak vind ik juist. Zolang het aantal verzoeken binnen redelijke proporties blijft – en de grenzen daarvan behoeven hierbij niet te eng te worden getrokken – geldt zulk een verplichting evenzeer voor een 'grote' n.v.

Nog sterker lag de situatie in het geval beslist door Rb. Breda 17 nov. 1942, NJ 1943, 463:

Twee aandeelhouders hadden ieder 50% der aandelen en waren beiden bestuurder. De ene bestuurder riep op statutaire wijze een buitengewone algemene vergadering bijeen

1. Preadvies VBN, p. 14. Zie ook Handboek, nr. 212.

door publikatie in het Algemeen Handelsblad en de vergadering werd gehouden te Amsterdam, waar de vennootschap statutair was gevestigd. Deze bestuurder wist echter, dat de andere bestuurder, die in Tilburg woonde alwaar de vennootschap ook in werkelijkheid was gevestigd, slechts de Telegraaf las. De rechtbank verklaarde terecht het op die vergadering genomen besluit ongeldig. Onder deze omstandigheden kon niet met slechts statutaire oproeping worden volstaan, doch bestond op grond van de (aanvullende werking van de) goede trouw een verdergaande verplichting teneinde de andere bestuurder-aandeelhouder van de vergadering op de hoogte te doen zijn.

In het recente reeds geciteerde arrest inzake I.A.M./Mante van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 heeft de Hoge Raad aan de goede trouw bij het oproepen tot een algemene vergadering van aandeelhouders duidelijk een aanvullende werking toegekend ¹:

Ook indien aan alle wettelijke of statutaire vereisten voor de wijze van oproepen gesteld is voldaan, kan toch onder omstandigheden op grond van de goede trouw een verdergaande verplichting tot oproeping bestaan.

Deze casusposities betreffen alle aanvulling van bepalingen terzake de wijze van totstandkomen van besluiten, meer bepaald terzake oproeping tot vergadering. De strekking van die bepalingen is, dat de betrokkenen van de voorgenomen vergadering kennis krijgen. Wanneer nu die bepalingen bewust of onbewust ontstane leemtes vertonen waardoor de strekking onder omstandigheden niet tot haar recht komt, kan de goede trouw ter opvulling van die leemtes tot meer verplichten dan in die bepaling uitdrukkelijk is vastgelegd, teneinde die strekking wèl te bereiken.

148. De goede trouw heeft echter niet alleen een aanvullende functie met betrekking tot de wijze van totstandkomen van besluiten, doch ook met betrekking tot de inhoud. Een enkel voorbeeld maakt dit duidelijk.

De winst komt de aandeelhouders ten goede, zegt art. 42d lid 1 K en laat de regeling verder aan hen over; indien ook de statuten daarover niets naders bepalen zal het van de omstandigheden afhangen met welke belangen op grond van de goede trouw bij de winstbesteding rekening moet worden gehouden, bijv. in verband met de vraag hoeveel er gereserveerd mag worden. De statuten kunnen worden gewijzigd, zegt art. 45 K; indien ook hieromtrent de statuten zelf geen verdere regels geven, zal wederom de goede trouw nader bepalen welke belangen daarbij in acht moeten worden genomen. Indien de statuten de beslissing over uitgifte van nieuwe aandelen aan commissarissen overlaten zonder nadere regeling, zal hun besluit of en zo ja, hoe en wanneer zij daartoe overgaan mede door de goede trouw dienen te worden geïnspireerd. In deze voorbeelden is door wet en statuten de uitwerking van die bevoegdheden niet nader geregeld, dus bewust een leemte gelaten, teneinde de opvulling van die leemte van de omstandigheden te laten afhangen.

1. Van der Grinten, *Ars Aequi* XIV, p. 65 e.v.; Maeijer, NV 44, p. 120-121.

De omstandigheden kunnen zich echter evenzeer dermate wijzigen, dat leemtes ontstaan die niet waren te voorzien. De uitgroei van de vennootschap kan met zich meebrengen, dat winstgerechtigden in een veel gunstigere positie komen dan bij de aanvang der vennootschap was voorzien. Wanneer in grote mate nieuw kapitaal wordt aangetrokken, kan een gefixeerd winstpercentage een onevenredig grote beloning worden. Dat een vennootschap in zo'n geval wijziging wil brengen in de statutaire tantièmeregeling, wordt niet onredelijk geacht. De goede trouw zal nader moeten bepalen, hoe de verhouding tot de tantièmegerechtigden dan dient te liggen.

Vergelijk in dit verband HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 1:

In dit geval werd de vraag of de verhouding tot de houders van winstbewijzen naar redelijkheid en billijkheid meebracht dat de tot wijziging bevoegde vennootschapsorganen maatregelen moeten treffen teneinde voor die houders de vóór herkapitalisatie bestaande toestand te herstellen, afhankelijk gesteld van de in elk bijzonder geval bestaande omstandigheden, zoals de voor de verhouding tussen aandeelhouders en houders van winstbewijzen met betrekking tot hun aandelen in winst en liquidatiesaldo oorspronkelijk gekozen opzet, de ontwikkeling van die verhouding en de herkomst van reserves.

Vergelijk ook Rb. Alkmaar 12 mei 1966, NJ 1967, 167:

Hier werd beslist, dat nu eisers recht op rente over zijn vordering afhankelijk was van de vraag of en hoeveel dividend werd uitgekeerd, de n.v. op grond van de goede trouw gehouden was eiser in de gelegenheid te stellen kennis te nemen van de jaarstukken, opdat hij zou kunnen controleren of bij het nemen van het besluit tot bepaling of passering van dividend zowel de wettelijke bepalingen als de regelen der goede trouw jegens eiser in acht waren genomen. De verplichting tot betaling van rente werd dus op grond van de goede trouw aangevuld met die tot het verschaffen van controlemogelijkheid.

De aanvullende werking van de goede trouw wordt aanvaard in art. 4 van de inleidende titel van het nieuwe BW ².

Corrigerende werking van de goede trouw

149. Met de corrigerende werking van de goede trouw heeft de juridische wereld meer moeite gehad dan met de aanvullende. En toch bestaat tussen beide functies geen fundamenteel onderscheid.

De discussie hierover is vooral gerezen door de jurisprudentie van de Hoge Raad over obligatoire overeenkomsten. In 1921 ³ ontzegde de Hoge Raad aan de goede trouw de kracht om afbreuk te doen aan een wettelijk voor-

1. Annotaties hierop van G. Scholten in noot NJ; Van der Grinten in *Ars Aequi* XII, p. 223 e.v.; A. van Oven in WPNR 4956.

2. 'Bij gebreke van een toepasselijke wet wordt het recht door de gewoonte, en bij gebreke ook van een toepasselijke gewoonte door de billijkheid bepaald.'

3. 3 juni 1921, NJ 1921, 966.

schrift van regeland recht. Vanaf 1925 ¹ heeft hij in een reeks van arresten beslist, dat de goede trouw slechts uitbreiding en aanvulling der verbintenissen uit overeenkomst tot buiten de enge kring van hun uitdrukkelijke bepalingen voorschrijft, maar niet de tegenovergestelde strekking heeft om aan het uitdrukkelijk bepaalde zijn kracht te ontnemen en zodoende de uit overeenkomst voortspuitende verbintenissen teniet te doen.

Meijers ² heeft op deze arresten afkeurend gereageerd. Hij constateert dat de Hoge Raad niet consequent is en zelf herhaaldelijk de goede trouw niet alleen in aanvullende doch ook in beperkende en opheffende zin heeft gehanteerd. Star Busmann volgt hem daarin in zijn noten onder HR 8 jan. 1926, W 11464 en 19 maart 1926, NJ 1926, 441. J. van Oven werkt de kritiek verder uit ³; hij wijst er op dat de trouw aan het gegeven woord, het *pacta servare*, wel een groot goed is, doch slechts *ceteris paribus*.

Bijval ondervond de Hoge Raad daarentegen van Van Nispen tot Sevenaer ⁴, na hem van Bregstein ⁵ en meer recent van Löwensteyn ⁶. De inhoud van het contract wordt niet louter bepaald door hetgeen uitdrukkelijk is geregeld doch mede door haar maatschappelijke functie, aldus Van Nispen tot Sevenaer. Het overeengekomene is niet identiek met de bewoordingen van de overeenkomst; het overeengekomene is de gezamenlijke bedoeling van partijen, aldus Bregstein. De inhoud van de overeenkomst dient allereerst te worden geput uit de bewoordingen, uit het uitdrukkelijk geregelde. Het – zoals ik ook in nr. 146 heb uiteengezet altijd voorkomende – niet uitdrukkelijk geregelde deel van de inhoud wordt dan met behulp van de goede trouw vastgesteld aan de hand van de verkeersfunctie van het contract, uitgaande van de feitelijke situatie die partijen bij het contracteren voor ogen stond. Het uitdrukkelijk geregelde blijft tussen partijen gelden, doch slechts voorzover de omstandigheden niet relevant zijn gewijzigd dan wel partijen met een mogelijke wijziging rekening hebben gehouden of dienden te houden. Aldus interpreteren zij de bekritiseerde jurisprudentie van de Hoge Raad op een verzoenende wijze ⁷.

Het bestek van dit werk laat niet toe verder op deze controverse in te gaan. Ik volsta met op te merken, dat ik mij vooral verwant voel aan het standpunt van Van Nispen tot Sevenaer en Bregstein. Uit dit standpunt vloeit voort, dat een onderscheid tussen aanvullende en corrigerende werking van

1. 13 maart 1925, NJ 1925, 561; 8 jan. 1926, NJ 1926, 203 m.n. Meijers, W 11464 m.n. Star Busmann; 19 maart 1926, NJ 1926, 441 m.n. Scholten. Zie verder het overzicht bij Meijers, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen III, 1955, p. 281 noot 4.

2. Noot onder HR 8 jan. 1926, NJ 1926, 203; WPNR 1926.

3. NJB 1926, p. 337 e.v. en p. 353 e.v.; NJB 1931, p. 568 e.v. en p. 577 e.v.

4. C. M. O van Nispen tot Sevenaer, NV 12, p. 199 e.v.

5. De betekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten, rede Rotterdam 1935, in Verzameld werk I, p. 175 e.v.

6. Löwensteyn, rede, *passim*.

7. Löwensteyn, rede, p. 4.

de goede trouw niet goed mogelijk is. Dat verschil is slechts te maken wanneer men partijen alleen aan het door hen uitdrukkelijk geregelde gebonden acht, zonder te letten op hun gezamenlijke bedoeling vanuit de feitelijke situatie die hun bij het contracteren voor ogen stond. Let men daar wel op, dan is de binding aan het uitdrukkelijk geregelde, met behulp van de goede trouw aangepast aan de in concreto geldende omstandigheden, duidelijk. Die aanpassing is altijd tegelijk aanvullend én beperkend. Indien op grond van de goede trouw een uitdrukkelijk geregelde verplichting met een bijkomende verplichting wordt aangevuld impliceert dit, dat het recht om alleen die uitdrukkelijk geregelde verplichting na te komen wordt beperkt.

Dat men partijen niet alleen aan het uitdrukkelijk geregelde gebonden kan achten, spreekt wel vanzelf. Geen enkele regeling kan in alle details, die zich bij uitvoering van de regeling zullen voordoen, voorzien. Er is altijd een leemte, bewust gelaten of ongewild ontstaan. Die leemte wordt nader door interpretatie van de getroffen regeling bepaald. Naarmate men bij interpretatie eerder leemte aanneemt, zal er ook meer leemte moeten worden gevuld. De goede trouw vult de getroffen regeling met ongeschreven rechten en plichten aan; dat is in feite steeds een correctie.

Dit neemt niet weg dat het zijn nut kan hebben het begrip corrigerende werking te bezigen, omdat men dan een bepaald aspect van de functie van de goede trouw bedoelt, mits men in het oog houdt dat het fundamenteel niet verschilt van het begrip aanvullende werking.

Transponeren wij dit nu op andere rechtshandelingen, dan blijkt dat hetgeen hiervoor is geschreven evenzeer van toepassing is. Iedere rechtsverhouding vraagt nu eenmaal om volledige regeling. Het rechtssysteem zal hetgeen met betrekking tot een rechtshandeling niet uitdrukkelijk is geregeld met behulp van de goede trouw moeten aanpassen aan de omstandigheden van de concrete situatie. Dat geldt evenzeer met betrekking tot besluiten, zowel voor wat de wijze van totstandkomen als voor wat de inhoud betreft. Het corrigerende aspect van de goede trouw is door de Hoge Raad bij besluiten echter uitdrukkelijk aanvaard. Mogelijk is dit hierdoor te verklaren. In het overeenkomstenrecht is aan de redelijkheid en billijkheid – de goede trouw – reeds in een tamelijk uitgewerkt stelsel gestalte gegeven, zoals Maeijer dit noemt de 'gestolde billijkheid' ¹. Voor besluiten bestaat in de wet zo'n uitgewerkt stelsel van rechtsregels echter niet ².

150. Uit enkele voorbeelden blijkt dat het corrigerende aspect van de goede trouw door de Hoge Raad bij besluiten tamelijk duidelijk is aanvaard. In een zevental arresten werd aan de Hoge Raad de geldigheid van statutenwijziging van coöperatieve verenigingen voorgelegd: 29 nov. 1923, NJ 1924, 129 met

1. Diss., p. 23.

2. Van der Grinten, *Handelen te goeder trouw*, in *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr B. H. H. Hermesdorf*, 1965, p. 165.

annotatie van Van Nispen tot Sevenaer in NV 7 p. 195; 2 dec. 1926, NJ 1927, 102 m.n. Meijers; 3 nov. 1927, NJ 1928, 397 m.n. Meijers; 15 feb. 1928, NJ 1928, 1626 m.n. P. Scholten, W 11856 m.n. Molengraaff en commentaar van Langemeijer in NJB 1929 p. 202 e.v. en p. 249, en Westrate in NJB 1929 p. 248 e.v.; 3 mei 1928, NJ 1928, 1454 m.n. Meijers; 18 april 1929, NJ 1929, 900 m.n. Meijers; 25 april 1929, NJ 1929, 1261. In deze gevallen werd toetsing van de statutenwijziging door de rechter aan de goede trouw aanvaard, telkens met als grondslag art. 1374 BW.

Zonder de corrigerende werking van de goede trouw aan te nemen zou de Hoge Raad een dergelijke opvatting niet hebben gehuldigd. De redenering was immers aldus. De oprichting van de coöperatieve vereniging is een overeenkomst, die de leden bindt zich neer te leggen bij de besluiten van de meerderheid binnen de grenzen van wet en statuten. Deze verplichting wordt echter beperkt door de goede trouw, wordt opgeheven voorzover zij strijdt met de goede trouw. Het recht tot besluitvorming wordt dus evenzeer beperkt, gecorrigeerd door de goede trouw.

Later heeft de Hoge Raad meermalen te oordelen gekregen over de geldigheid van besluiten van organen van een n.v. Een enkele keer is daarbij nog een beroep gedaan op art. 1374 BW, doch meestal niet meer overeenkomstig de lijn van de ontwikkeling. In ieder geval is telkens uitgegaan van de mogelijkheid van toetsing van de besluiten aan de goede trouw: deze werkt steeds ook corrigerend ten aanzien van het recht tot besluitvorming. Te vermelden zijn de volgende arresten:

HR 9 jan. 1941, NJ 1941, 528 m.n. P. Scholten inzake Willink/Ter Kuile:

De bevoegdheid van de aandeelhouders tot het vaststellen van de beloning van bestuurders werd beperkt door hetgeen aan het besluit was voorafgegaan, nl. een buiten het kader van een aandeelhoudersvergadering gemaakte afspraak terzake de hoogte van die beloning.

HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360, eerste Baus/De Koedoe-arrest:

De bevoegdheid van de aandeelhouders tot benoeming van een bestuurder wordt beperkt door de plicht daarbij zich zelf of een derde niet onbillijk te bevoordelen noch de vennootschap of een derde te schaden.

HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484, tweede Baus/De Koedoe-arrest:

De bevoegdheid van de aandeelhouders tot vaststelling van de winst wordt beperkt, doordat daarbij rekening moet worden gehouden met het belang van winstgerechtigden.

HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 inzake Doetinchemse IJzergieterij:

De bevoegdheid van bestuur en commissarissen tot emissie wordt beperkt, doordat zij zich daarbij moeten richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welke aandeelhouder ook.

HR 9 jan. 1953, NJ 1953, 460 inzake Schuurmans/Amsterdamse Ballast Maatschappij:

De bevoegdheid van de aandeelhouder tot vaststelling van de winst wordt beperkt, doordat daarbij rekening moet worden gehouden met het belang van de bestuurder-winstgerechtigde.

HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 48 inzake Unipart/Rotterdamse Droogdok Maatschappij:

De bevoegdheid van het bestuur tot het bepalen van zijn financieringspolitiek wordt beperkt doordat rekening moet worden gehouden met de belangen van winstgerechtigden.

HR 4 maart 1960, NJ 1962, 6 inzake Gerritsen/Stoomzuivelfabriek Salland:

De bevoegdheid van de (meerderheid in de) aandeelhoudersvergadering tot statutenwijziging wordt beperkt, doordat daarbij rekening moet worden gehouden met de belangen van alle aandeelhouders.

Normen van goede trouw zijn rechtsnormen

151. Normen van goede trouw zijn rechtsnormen. De rechter wordt geacht deze ambtshalve te kennen en toe te passen, art. 48 Rv. In cassatie kan schending van deze normen worden onderzocht ¹.

Ten aanzien van overeenkomsten heeft de Hoge Raad dit reeds in 1924 ² uitdrukkelijk beslist door te overwegen dat 'de vraag, of in eenig geval aan eene overeenkomst een uitvoering is gegeven al dan niet in overeenstemming met de goede trouw en de billijkheid, uit haren aard niet aan het oordeel van den rechter in cassatie is onttrokken'. De gevallen waarin de Hoge Raad die vraag heeft onderzocht zijn dan ook legio ³. Volgens de visie van de Hoge Raad, waarin het besluit als uitvoering van een overeenkomst werd beschouwd, kon dit onderzoek ook worden ingesteld ten aanzien van besluiten.

Naar aanleiding van het arrest van 18 nov. 1955, NJ 1956, 10 betwijfelt Rutten ⁴ of de Hoge Raad de vraag of aan een overeenkomst al dan niet te goeder trouw uitvoering is gegeven, nog wel als een rechtsvraag ziet. De Hoge Raad overweegt daarin, dat het hof op grond van bepaalde feiten kon oordelen dat een onjuist bevonden bindend advies dermate inging tegen de goede trouw, dat de in het ongelijk gestelde partij niet geacht moet worden daaraan gebonden te zijn. Of dit arrest nu werkelijk zo'n somber toekomstbeeld om-

1. Hofmann-Van Opstall I, p. 431.

2. 1 feb. 1924, NJ 1924, 715, W 11185 m.n. Star Busmann.

3. Zie de noot van Rutten onder HR 18 nov. 1955, NJ 1956, 10 en Asser-Rutten II, p. 237.

4. In noot onder dit arrest in NJ.

trent toetsing van de Hoge Raad aan normen van goede trouw geeft als Rutten suggereert, waag ik te betwijfelen; ik lees dat in ieder geval niet in het arrest. Veeleer lijkt het mij dat de Hoge Raad de vraag terdege als rechtsvraag beschouwt. Bovendien, reeds bij arrest van 29 nov. 1957, NJ 1958, 52 vernietigde de Hoge Raad een uitspraak van een hof – inhoudende dat een partijbeslissing op grond van de goede trouw niet bindend was – omdat naar de mening van de Hoge Raad gezien de omstandigheden die partijbeslissing nog niet 'uit redelijkheidsoogpunt onaanvaardbaar' behoefde te zijn.

Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad op het stuk van besluitvorming wijst er op, dat schending van normen van goede trouw, zowel voor wat de wijze van totstandkomen als voor wat de inhoud van een besluit betreft, in cassatie wordt onderzocht. Te wijzen valt daarbij op de hiervóór onder nummer 150 vermelde arresten, waaraan de volgende uitspraken nog kunnen worden toegevoegd.

HR 31 jan. 1947, NJ 1948, 115, derde Baus/De Koedoe-arrest:

De vennootschap, die aan haar directeur in geval van ziekte gedurende een jaar zijn loon, bestaande uit salaris en tantième, uitkeert – ook al zou zij ingevolge art. 1638c BW niet verplicht zijn tot meer dan betaling gedurende een korter tijdvak – handelt in overeenstemming met wat goede werkgevers ten opzichte van hun werknemers plegen te doen en er is niet de minste plaats voor een verwijt op dit stuk aan de vennootschap van de zijde van de winstgerechtigden. De winstvaststelling was te goeder trouw geschied.

HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 m.n. G. Scholten inzake I.A.M./Mante:

Het hof heeft, door te oordelen dat in het onderhavige geval de ter vergadering aanwezige aandeelhouders hebben gehandeld in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die zij onder de omstandigheden als voormeld jegens hun niet ter vergadering aanwezige mede-aandeelhouders hadden in acht te nemen en dat daarom het besluit niet bindt, het recht niet geschonden.

Voordat in 1963 art. 99 Wet RO werd gewijzigd¹ was toetsing van besluiten aan goede trouw ambtshalve mogelijk met behulp van art. 1374 BW. Sinds de Hoge Raad echter de goede trouw op besluiten toepaste zonder enig verband met art. 1374 BW, werd er door hem toch reeds duidelijk ongeschreven recht toegepast.

1. Oude tekst lid 1: 'De Hoge Raad vernietigt de handelingen, arresten en vonnissen

1 Wegens het verzuim der vormen, voorgeschreven op straffe van nietigheid;

2 Wegens verkeerde toepassing of schending der wet;

3 Wegens overschrijding der regtsmagt'

Nieuwe tekst lid 1: 'De Hoge Raad vernietigt handelingen, arresten en vonnissen:

1 wegens verzuim van vormen voorzover de niet-inachtname daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm,

2 wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten'.

Onderscheiden belangengrootheden

152. De goede trouw vergt belangenafweging. Wanneer in strijd is gehandeld met belangen, die bij een behoorlijke afweging hadden moeten worden ontzien, is het besluit wegens strijd met de goede trouw ongeldig. Die belangenafweging dient zowel met betrekking tot de inhoud als met betrekking tot de wijze van totstandkomen van het besluit plaats te vinden. Welke belangen komen nu voor afweging in aanmerking?

Van der Grinten ¹ meent slechts de belangen van hen die vennootschappelijke rechten hebben. Daaronder rekent hij in ieder geval de aandeelhouders, de bestuurders en de commissarissen. Hij aarzelt echter met betrekking tot de vraag of ook de vennootschap zelf daartoe behoort. Zij die niet rechtstreeks in de n.v. zijn betrokken (houders van oprichters- en winstbewijzen, werknemers, crediteuren) laat hij er buiten. Tijdens de vergadering van de *Vereeniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, gehouden te Amsterdam op 9 en 10 december 1966 ², bleek over de vraag wie vennootschappelijke rechten hebben geen overeenstemming te bestaan. Maeyer bijv. rekent hieronder de houders van winstbewijzen wel. Het lijkt mij niet van praktisch belang thans vast te stellen welke personen of colleges vennootschappelijke rechten hebben, omdat naar mijn mening in het kader van de besluitvorming ook de belangen van houders van oprichters- en winstbewijzen, werknemers en crediteuren voor afweging in aanmerking komen ³.

Het belang van de aandeelhouders

153. Het belang van aandeelhouders, bestuurders en commissarissen als zodanig speelt uiteraard bij de besluitvorming een rol ⁴.

De aandeelhouders vormen nu eenmaal de grondslag van de n.v. als kapitaalassociatie. Zij zijn de bezitters van het risicodragend kapitaal en bij iedere nadere bepaling van de rechtsbetrekkingen in de vennootschap, dus bij ieder besluit van welk orgaan ook, rechtstreeks betrokken. Zij worden dan ook in art. 46a K en 2.1.8a 2 nieuw BW terecht uitdrukkelijk vermeld. De individuele aandeelhouder en met hem een minderheid van aandeelhouders heeft

1. Preadvies VBN, p. 14.

2. Zie het verslag van Maeijer in NV 44, p. 224 e.v., met name p. 229.

3. Het lijkt alsof Van der Grinten in de achtste druk van het Handboek van mening is veranderd. In nr. 223.1 erkent hij namelijk, dat iedere derde-belanghebbende de vernietigbaarheid van een besluit kan doen gelden. Ik aarzel echter weer, omdat hij bij wijze van voorbeeld daar slechts spreekt over een bestuurder. Ik aarzel nog temeer, omdat hij in nr. 224 bij de behandeling van ongeldigheid van het besluit wegens strijd met de goede trouw stelt, dat bij het besluit slechts relevant zijn de 'rechtsbetrekkingen binnen de n.v., dus de rechtsbetrekkingen met aandeelhouders, bestuurders en andere personen die in de organisatie van de n.v. een functie vervullen'.

4. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 13; Maeijer, NV 44, p. 229.

belang bij zijn relatieve plaats en zeggenschap in de vennootschap – zie HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 inzake I.A.M./Mante –, bij de waarde en het rendement van zijn aandeel en dus bij de instandhouding en groei van het kapitaal. Zie in dit verband ook het vonnis van de Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276, waarin werd beslist dat een minderheidsgroep, ook al is die de grootst mogelijke, rechtens geen aanspraak heeft op een bestuurdersplaats tot waarborg *harer* belangen. Het belang van de minderheid als groep werd dus in beginsel erkend. De meerderheid van aandeelhouders heeft, behalve het aan ieder individueel aandeel verbonden belang, voorts belang bij het instandhouden van die meerderheid in verband met de specifiek daaraan verbonden zeggenschap. De gezamenlijke aandeelhouders hebben, wederom behalve de individuele belangen, als totaliteit belang bij de continue rentabiliteit van het geïnvesteerde kapitaal in het kader van de gekozen maatschappelijke werkzaamheid.

Dikwijls zal, als het belang van de meerderheid in het geding is, dat van de minderheid aan de andere zijde van de balans drukken; zie HR 9 jan. 1941, NJ 1941, 528 inzake Willink/Ter Kuile; Rb. Haarlem 6 dec. 1938, NJ 1939, 394; Rb. Arnhem 17 jan. 1946, NJ 1947, 280; Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276 met betrekking tot besluiten van aandeelhouders. Maar het belang van de meerderheid kan ook komen te staan tegenover andere belangen, zowel intern (het belang van de leiding, van de vennootschap; zie HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 inzake Doetinchemse IJzergieterij) als extern (werknemers, crediteuren, winstgerechtigden).

Löwensteyn¹ ziet ook een belang van toekomstige aandeelhouders, omdat de n.v. niet wordt opgericht met de bedoeling dat zij alleen voor korte tijd, ten behoeve van de tegenwoordige aandeelhouders, zal functioneren. Ik zie dat belang echter niet. Continuïteit op zichzelf behoort niet tot het doel van de n.v., maar kan wel belangrijk zijn voor de huidige aandeelhouders en andere huidige belangengroeperingen. Maar de aandelen zijn overdraagbaar en dus kan te eniger tijd het aandeelhoudersbestand ingrijpend worden gewijzigd, voert Löwensteyn aan. Dat kan inderdaad, maar hoeft niet het geval te zijn. Indien bovendien door bepaalde besluiten de aandelen in waarde zijn gedaald, uit zich dit in een lagere prijs die bij overdracht van de opvolger kan worden bedongen. De opvolger weet, althans kan weten, in wat voor een vennootschap hij door overname deelneemt.

Het belang van bestuurders en commissarissen

154. Ook bestuurders hebben in hun hoedanigheid een belang, dat voor afweging in aanmerking komt. Zolang immers het bestuur in functie is, heeft het bepaalde bevoegdheden, die ook praktisch uitvoerbaar moeten zijn. Die

1. Diss., p. 133-134.

bevoegdheden zijn gebaseerd op de wet en kunnen nader in de statuten worden geregeld. Die bevoegdheden moet het bestuur weliswaar uitoefenen in het belang van de vennootschap, dus vanuit een dienend standpunt, maar in het vennootschappelijk bestel is het nu eenmaal noodzakelijk dat er een bestuur is en dus dat het bestuur ook die taak kan uitoefenen. De andere organen zullen bij hun besluitvorming hiermee rekening dienen te houden, terwijl trouwens het bestuur zelf dit in zijn overwegingen mag en moet betrekken.

Indien bijv. commissarissen een aandeelhoudersvergadering bijeenroepen op een zodanige plaats of onder zodanige omstandigheden dat bestuurders niet in de gelegenheid zijn die vergadering bij te wonen, wordt aan het recht en het belang van die bestuurders in hun hoedanigheid afbreuk gedaan en kunnen de bestuurders onder omstandigheden de ongeldigheid van op die vergadering genomen besluiten inroepen¹. Of wanneer aandeelhouders besluiten tot een statutenwijziging die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders tot een farce maakt, kunnen bestuurders in hun hoedanigheid tegen zo'n besluit als in strijd met de goede trouw opkomen.

De mogelijkheid zijn taak te vervullen is een recht en belang van het bestuur, waarmee bij besluitvorming in alle organen rekening moet worden gehouden. Tegen frustrering hiervan kan worden opgekomen; Ktr. Amsterdam 23 nov. 1932, NJ 1934, 33 in een geval waarin de algemene vergadering de bestuurder iedere zelfstandigheid ontnam door te besluiten dat hij voortaan voor alle handelingen schriftelijke medewerking van commissarissen behoeft. Dit geldt evenzeer voor het commissariaat. Weliswaar is het commissariaat in de wet facultatief geregeld, maar wanneer eenmaal een commissaris is benoemd moet hij ook in staat zijn de daaraan verbonden taak in het belang van de vennootschap te vervullen; Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213.

Weliswaar kan de aandeelhoudersvergadering de uitoefening van zekere bevoegdheden van bestuur of commissariaat tijdelijk frustreren door bestuurders of commissarissen te ontslaan, doch dat blijft dan toch slechts een tijdelijke frustrering. Er zal daarna altijd weer een nieuw bestuur moeten worden benoemd. Of wederom commissarissen moeten worden benoemd, hangt ervan af of de statuten zo'n benoeming voorschrijven.

De bestuurders worden niet in art. 46a K, doch wel in art. 2.1.8a 2 nieuw BW genoemd. Commissarissen worden in geen van beide artikelen genoemd. Het zou juist zijn om, nu in art. 2.1.8a 2 nieuw BW wel de bestuurder is genoemd, ook de commissaris te vermelden.

Het belang van winstgerechtigden

155. Houders van oprichters- en winstbewijzen en in het algemeen winst-

1. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 14.

gerechtigden hebben evenzeer een belang, dat bij besluitvorming in aanmerking moet worden genomen, te weten belang bij een zo hoog mogelijke en continue winst. Van der Grinten oordeelt anders: nu tussen hen en de vennootschap een contractuele relatie bestaat kan een besluit te hunnen opzichte wanprestatie opleveren met de daaraan door het gemene recht verbonden gevolgen, doch de eventuele ongeldigheid van het besluit kunnen zij niet inroepen ¹.

Men kan zich inderdaad afvragen of, als de goede trouw waarmee de overeenkomst tussen de n.v. en een winstgerechtigde moet worden uitgevoerd vergt dat de n.v. zekere rechtshandeling nalaat, ongeldigheid van die rechtshandeling volgt wanneer de n.v. deze desondanks toch stelt.

Men dient echter te bedenken, dat besluitvorming niet een handeling is die de vennootschap met een of andere derde verricht. Welk orgaan het besluit ook neemt, en of men het besluit nu ziet als een handeling van de collectiviteit (Van der Grinten ²) dan wel van de besluitvormers in het orgaan (Maeijer ³, A. van Oven ⁴), in alle gevallen wordt de handeling ten opzichte van de winstgerechtigde als besluit van de n.v. aangemerkt. Als primair interne handeling van de n.v., ook al kan zij tevens direct of indirect externe werking hebben, is zij ten opzichte van de winstgerechtigde een eenzijdige ⁵ handeling. Wanneer de goede trouw de vennootschap verbiedt die handeling ten opzichte van de winstgerechtigde te verrichten, geldt deze handeling te zijnen opzichte niet, is het besluit dus ongeldig. Of die ongeldigheid zich ook tot andere betrokkenen uitstrekt, is een geheel ander vraagstuk; dat raakt de absolute of relatieve werking van de ongeldigheid.

Men moet goed onderscheiden tussen de drie mogelijkheden, die zich naast elkaar kunnen voordoen:

1. Het belang van winstgerechtigden kan van dien aard zijn, dat het besluit in het geheel niet mag worden genomen. Gebeurt dat toch, dan is het besluit ongeldig. In deze geest HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484 tweede Baus/De Koedoe-arrest:

'dat een gerechtigde tot de winst eener vennootschap gebonden is aan de vaststelling dier winst door de algemeene vergadering, tenzij deze vaststelling – welke deel uitmaakt van de uitvoering der overeenkomst met dien gerechtigde – is geschied in strijd met de goede trouw, waarmede ingevolge art. 1374 BW overeenkomsten moeten worden ten uitvoer gelegd; dat indien door de vennootschap bij de vaststelling van de winst in strijd is gehandeld met de goede trouw, Baus zich op de nietigheid van die vaststelling te zijnen opzichte kan beroepen'.

1. Preadvies VBN, p. 14.

2. Nr. 28.

3. Nr. 28.

4. WPNR 4958, p. 318.

5. Intern kan het besluit een meerzijdige rechtshandeling zijn. Zie hoofdstuk I, nr. 17.

Deze overweging komt er op neer, dat ondanks de contractuele relatie toch ongeldigheid van het besluit mogelijk is.

2. Het belang van winstgerechtigden kan van dien aard zijn, dat het orgaan na afweging van alle relevante belangen toch tot het voor hen ongunstige besluit kon komen, maar de n.v. daarnaast maatregelen dient te nemen om het nadeel op te heffen. Gebeurt dit laatste niet, dan is het besluit wel geldig doch kan wanprestatie opleveren. In deze geest HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.M.A./Van den Bergh.

Soortgelijke situaties kunnen zich ook voordoen op andere gebieden van het recht, waarbij is te denken aan de leer over de onrechtmatige daad en de beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Wanneer een daad welke in beginsel onrechtmatig is door een rechtvaardigingsgrond haar onrechtmatig karakter verliest, neemt dit niet weg dat onder omstandigheden de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid met zich kan meebrengen, dat de dader de aldus rechtmatig toegebrachte schade dient te herstellen. De gedraging zelf is dan dus niet onrechtmatig, maar onder omstandigheden slechts voorwaarde voor het ontstaan van een betamelijkheidsverplichting tot het vergoeden der daardoor toegebrachte schade¹.

En voor wat de arbeidsovereenkomst betreft bepaalt art. 1639o BW, dat ieder der partijen deze wel kan doen eindigen zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen, doch alsdan een plicht ontstaat tot vergoeding der daardoor geleden schade.

3. Het belang van winstgerechtigden kan tenslotte ook van dien aard zijn, dat gezien de andere af te wegen relevante belangen schending daarvan geoorloofd is, ook zonder dat de n.v. daardoor wanprestatie pleegt. In deze geest HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 48 inzake Unipart/Rotterdamse Droogdok Maatschappij.

Niets belet om onder 'derde-belanghebbende' in de zin van art. 46a lid 1 K ook de winstgerechtigde te begrijpen; de wetsgeschiedenis verklaart niet nader wie onder dit begrip vallen. Dat de winstgerechtigde onder het begrip 'andere belanghebbende' van art. 2.1.8a 2 nieuw BW is begrepen, meen ik te kunnen afleiden uit de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer²:

'Het nieuwe tweede lid regelt ... de vraag, wie een beroep op de vernietigingsgronden kan doen. In overeenstemming met de opvatting van ... bepaalt het thans voorgestelde tweede lid dat slechts hij die een redelijk belang heeft bij de naleving van de geschonden regel, deswege de vernietiging van een besluit behoort te kunnen uitlokken. Een bij het besluit ontslagen werknemer bijv. heeft ongetwijfeld belang bij vernietiging van het besluit, maar behoort zich niettemin niet te kunnen beroepen op een futiele informaliteit bij de bijeenroeping van de vergadering, wanneer deze hem niet kan hebben geschaad.'

1. Eggens, WPNR 3990, noot 9; J. Drion, WPNR 3994; Hof 's-Gravenhage 17 april 1959, NJ 1959, 216.

2. Van Zeven, p. 154.

Wanneer, zoals hieruit blijkt, een werknemer daartoe behoort, dan evenzeer een winstgerechtigde. Zie ook Maeijer ¹, A. van Oven ² en Bakels ³.

Het belang van werknemers en crediteuren

156. Uit het voorgaande vloeit voort, dat ook de belangen van werknemers en crediteuren voor afweging in aanmerking komen. Het onderscheid tussen de drie in het vorige nummer genoemde mogelijkheden geldt voor alle derde-betrokkenen, derhalve ook voor hen.

Men is licht geneigd om, wanneer de belangen van de werknemers in de besluitvorming van de organen van de n.v. worden betrokken, het verschil tussen de vennootschap en de door haar geëxploiteerde onderneming uit het oog te verliezen. Maar anderzijds mag de n.v. toch ook weer niet slechts gezien worden als het juridisch kleed, waarin de onderneming als financieel-organisatorisch verband is gehuld en waarbij het vennootschapsrecht alleen de verhoudingen tussen aandeelhouders en leiding regelt. Als zelfstandige eenheid beheerst de n.v. niet alleen relaties tussen kapitaalverschaffers en leiding, doch ook die tot derden. Besluiten over ontslag van de leiding, winstvaststelling en winstbestemming, inkoop van eigen aandelen, ontbinding en liquidatie, raken niet alleen de belangen van de aandeelhouders of winstgerechtigden doch evenzeer van werknemers, crediteuren of eventuele andere betrokkenen ⁴.

Werknemers hebben er ondermeer belang bij dat hun beloning blijft verzekerd of onder omstandigheden dat opgewekt vertrouwen in werkgelegenheid gedurende een zekere tijd niet wordt beschaamd. Door dat opgewekt vertrouwen hebben zij zich wellicht met moeite en extra kosten tot een bepaalde vakbekwaamheid opgewerkt, die misschien elders niet is aan te wenden. Of hebben zij wellicht juist met het oog op die werkzaamheid maatregelen voor een vestiging gedurende ruime tijd genomen, welke maatregelen door het besluit hun waarde kunnen verliezen.

Bescherming van hun belangen betekent nog niet een ongeoorloofd ingrijpen in de interne verhoudingen van de vennootschap doch regulering van hun verhouding tót de vennootschap, waarop door besluitvorming inbreuk kan worden gemaakt ⁵. Voorzover die inbreuk niet strookt met eisen van goede trouw kan onder omstandigheden het besluit ongeldig zijn ⁶.

Een stap verder zou zijn ook organisaties van werknemers een recht tot het

1. Rede, p. 19-20; NV 44, p. 229.

2. WPNR 4956.

3. H. L. Bakels, Het arbeidsrecht en het sociaal-economisch recht, in Hedendaags arbeidsrecht, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr M. C. Levenbach, 1966, p. 28.

4. De hervorming van de onderneming, p. 116.

5. Anders: Open Ondernemerschap, p. 245 en rapport commissie-Verdam, p. 16.

6. Maeijer, rede, p. 19-20; NV 44, p. 231; Bakels t.a.p., p. 28-29.

inroepen van ongeldigheid te verschaffen. In het ontwerp van wet tot herziening van het enquêterecht¹ wordt een dergelijke mogelijkheid geïntroduceerd ten aanzien van het enquêterecht ex art. 53 K. Daargelaten de vraag of dit laatste is aan te bevelen, het eerste in ieder geval niet. Een eigen belang van de werknemersorganisaties, onderscheiden van hun leden, met betrekking tot de gang van zaken in de vennootschap, spreekt mij in de huidige juridische en maatschappelijke realiteit (nog) niet aan².

Het belang van crediteuren is gelegen in de zekerheid, dat aan de verplichtingen te hunnen opzichte wordt voldaan. Crediteuren kunnen velerlei zijn, zoals houders van obligaties, pandbrieven of schuldbekentenissen onder andere benamingen, leveranciers, enz. Zij kunnen niet allen op één lijn gesteld worden. Obligatie- en pandbriefhouders hebben gewoonlijk niet- of beperkt opeisbare vorderingen. Zij verstrekken hun middelen aan de vennootschap ook doorgaans voor lange tijd. Hun belang dient door de vennootschap dan ook anders te worden benaderd dan dat van hen, die ieder moment hun vordering kunnen opeisen.

Het is zeer wel mogelijk dat werknemers, crediteuren of eventuele andere derden-betrokkenen tevens beschikken over rechtsmiddelen van het gemene recht, zoals de actie uit wanprestatie en de Pauliana, doch dit laat de mogelijkheid om onder omstandigheden de ongeldigheid van een besluit wegens schending van de goede trouw in te roepen onverlet. De jurisprudentie biedt weinig voorbeelden van gevallen waarin werknemers of crediteuren zulk een ongeldigheid van besluiten hebben beweerd. Ik heb er slechts twee kunnen vinden, te weten HR 20 april 1928, NJ 1928, 1371 m.n. P. Scholten en Rb. Utrecht 11 april 1934, NJ 1935, 205, waarvan de laatste duidelijke taal spreekt:

'dat er grond is om nietigheid in te roepen, wanneer een besluit eener algemeene vergadering niet voldoet aan de eischen van goede trouw, en – waar de wet blijkens art. 46a K ook aan derde-belanghebbenden toestaat die nietigheid in te roepen – als vereischte derhalve ten deze mede kan worden gesteld, dat bij zoodanig besluit behoort in acht genomen te worden de goede trouw ten opzichte van die derden, die belang hebben bij de totstandkoming of uitvoering van dit besluit; dat het besluit is genomen in strijd met de goede trouw, welke wordt vereischt ten aanzien van derde-belanghebbenden, in dat geval de crediteuren der n.v.'

Dat de belangen van winstgerechtigden, werknemers en crediteuren bij de besluitvorming door de organen van de n.v. mede moeten worden afgewogen en desnoods ontzien, laat onverlet dat de besluitvormers onderling op gelijke voet debatteren, hetgeen niet mogelijk is tussen de organen van de n.v. en eerstgenoemden. Zie HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484, tweede Baus/De Koedoe-arrest, voor wat winstgerechtigden betreft. Tussen besluitvormers gelden enigszins andere maatstaven dan ten aanzien van derden. Uit een enkel

1. Nr. 85.

2. Bakels t.a.p., p. 29.

voorbeeld kan dit blijken. Het drukken van de winst kan voor de aandeelhouders wel een direct geldelijk nadeel betekenen in de vorm van minder dividend maar doet de intrinsieke waarde van de aandelen stijgen ¹, en is dus minder vlug ongeldig ten opzichte van de minderheid dan ten opzichte van derden. Het strookt voorts met het belang van de vennootschap, steunt immers een continue rentabiliteit van het geïnvesteerde kapitaal ². Indien echter de winst op exorbitante wijze wordt gedrukt, waardoor bijv. tevens een minderheid wordt bewogen haar aandelen voor een lage prijs van de hand te doen, kan het besluit tot winstvaststelling ook te haren opzichte ongeldig zijn.

Het belang van de vennootschap

157. Heeft ook de vennootschap zelf belangen, die voor afweging bij besluitvorming in aanmerking komen? Voorafgaand aan deze vraag dient te worden onderzocht of wel van een typisch vennootschappelijk belang, onderscheiden van het belang van de gezamenlijke aandeelhouders, van de bestuurders en van andere betrokkenen, kan worden gesproken.

Volgens Löwensteyn is het belang van de n.v. slechts het behalen van winst voor de huidige en toekomstige aandeelhouders ³; hetgeen hij het doel in eigenlijke zin noemt ⁴. Een typisch vennootschappelijk belang kent hij dan ook niet, slechts in overdrachtelijke zin wil hij daarvan weten ⁵. Zo'n belang erkent ook A. van Oven niet. Een tegenstelling tussen aandeelhoudersbelang en vennootschappelijk belang acht hij niet alleen in strijd met het wezen van de n.v., doch ook geenszins beantwoordend aan de realiteit. De n.v. is toch slechts de concretisering van het gemeenschappelijk voornemen van een aantal personen tot stichting en/of exploitatie van een door hen gefinancierde onderneming. Wanneer dan ook van een eigen zelfstandig belang van de n.v. wordt gesproken, kan volgens hem niets anders bedoeld zijn dan het op de onderneming gerichte gezamenlijke belang der aandeelhouders, aan de vennootschap ter behartiging toevertrouwd ⁶. Aandeelhoudersbelang en vennootschappelijk belang ziet hij dan ook als volkomen identiek.

In 1952 beschouwde Van der Grinten ⁷ het belang van de n.v. nog als het belang van de gezamenlijke aandeelhouders, een volstreekte identiteit tussen

1. Maeijer, rede, p. 8 tekst en noot 1.

2. Zie hierover nader nr. 157 en 158.

3. Diss., p. 133.

4. Diss., p. 136.

5. Diss., p. 184, 237.

6. De *economist* 1961, p. 890-891 en WPNR. Deze gedachte treft men ook reeds aan bij Van Nispen tot Sevenaer, NV 7, p. 193 e.v. Hij beschouwt het vennootschapsbelang een middel om 'de opzet der aandeelhouders' te bereiken en als zodanig gelijk aan het algemeen belang van de aandeelhouders. Zie ook Denijs, a.w. p. 16.

7. NV 30, p. 85 e.v.

beide belangengrootheden. In 1957 lijkt hij daarop terug te komen. Dan zegt hij in zijn te Nijmegen gehouden inaugurele rede ¹: 'Het in de rechtspersoon belichaamde belang neemt eigen vorm en karakter aan; de belangen van de vennootschap zijn niet identiek aan de individuele belangen der aandeelhouders'.

Een terugkomen op het standpunt van 1952 kan ik daar echter niet in zien. Ook al zijn de belangen van de vennootschap niet identiek aan de belangen van de individuele aandeelhouders, dan nog zouden ze identiek kunnen zijn aan de belangen van de gezamenlijke aandeelhouders. In zijn bewerking van de zevende en achtste druk van het *Handboek* ² spreekt hij van 'het belang van de naamloze vennootschap en de aandeelhouders'. Anders dan Maeijer ³ kan ik ook hier geen afwijking van zijn oude visie uit lezen, omdat niet duidelijk is of Van der Grinten t.a.p. de gezamenlijke dan wel de individuele aandeelhouders bedoelt. Het is inderdaad wel waar dat de n.v. een eigen doel heeft, dat niet hoeft samen te vallen met de bedoelingen van de aandeelhouders en hun directe belangen ⁴, maar daarmee is nog niet gezegd dat dus het belang van de n.v. van dat der gezamenlijke aandeelhouders moet worden onderscheiden. Van der Grinten aarzelt dan ook nog dat onderscheid aan te nemen ⁵.

Bregstein had gelijk toen hij zei ⁶, dat de n.v. meer is dan haar aandeelhouders. Inderdaad, wanneer de n.v. eenmaal is opgericht gaat zij een eigen leven leiden, wordt draagster van eigen rechten en plichten, en komt te staan in velerlei rechtsverhoudingen met anderen dan de aandeelhouders. Tegenwoordig komt de eigen persoonlijkheid van de n.v. steeds meer tot haar recht. Hierop voortbouwend heeft in de moderne Nederlandse juridische literatuur vooral Maeijer betoogd, dat het vennootschappelijk belang iets anders is, meer is dan het (geldelijk) belang van de gezamenlijke aandeelhouders en wel het belang bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel ⁷. Ik echter zie een typisch vennootschappelijk belang, onderscheiden van het belang van de gezamenlijke aandeelhouders, eigenlijk niet.

158. Zoals ik heb uiteengezet ⁸ is het uiteindelijke doel van de n.v. het winstgevend werkzaam zijn in het maatschappelijk verkeer, en wel op een bepaalde gekozen en in de statuten vastgelegde wijze. Het belang van de gezamenlijke aandeelhouders bij deze maatschappelijke werkzaamheid is de continue renta-

1. Rede Nijmegen 1957, p. 7.

2. 7e druk, nr. 333; 8e druk, nr. 333.

3. Rede, p. 7 tekst en noot 4.

4. Van der Grinten, NV 40, p. 185.

5. Preadvies VBN, p. 14.

6. Handelingen NJV 1953, II, p. 142.

7. Rede, p. 5-7; NV 42, p. 155; NV 44, p. 230.

8. Nr. 115.

biliteit van het geïnvesteerde kapitaal. Om deze continue rentabiliteit te verzekeren is nodig, dat er voldoende kapitaal wordt geïnvesteerd (gezond bestaan), dat de door de vennootschap geëxploiteerde onderneming haar relatieve concurrentiepositie verstevigt en uitbouwt (gezonde uitgroei), en tenslotte dat er voldoende kapitaal blijft geïnvesteerd en het groeiproces zoveel mogelijk wordt voortgezet (gezond voortbestaan). Is dit alles niet te bereiken, dan valt het belang van de gezamenlijke aandeelhouders in hun n.v. weg, doch verliest tegelijk ook de vennootschap zelf het belang bij haar bestaan. Dat bestaan is immers geen doel op zich zelf ¹ doch steeds gerelateerd aan, bepaald door belangen van mensen, hetgeen Maeijer eigenlijk ook wel erkent ². Met een voorbeeld is dat te verduidelijken.

Stel dat de gezamenlijke aandeelhouders eenstemmig besluiten tot iets waarvan iedere objectieve beoordelaar kan begrijpen dat daardoor een gezond bestaan, uitgroeien en voortbestaan wordt ondergraven, bijv. alle 'winst' op-souperen alhoewel reserves nodig zijn in verband met nieuwe essentiële investeringen. Stel voorts, dat alle andere belangengrootheden afdoende zijn beschermd. Stel tenslotte, dat het besluit niet in strijd komt met de openbare orde en goede zeden, de wet en de statuten. Kan dan het bestuur de ongeldigheid van het besluit inroepen als in strijd met de goede trouw wegens schending van het vennootschappelijk belang? ³. Volgens de visie van Maeijer zou dat moeten kunnen, doch het komt mij voor dat een dergelijk beroep moet stranden. Zou dat wel opgaan, dan werd het bestaan van de vennootschap een doel op zich zelf, wat ook Maeijer terecht niet wil. Juist omdat dat bestaan is gerelateerd aan belangen van mensen en, in het voorbeeld, geen (menselijke) belangen zijn geschaad – behoudens dan van de aandeelhouders, die dit echter zelf wensen – zullen het bestuur en de rechter niets kunnen uitrichten.

Wanneer in de literatuur of jurisprudentie van het vennootschappelijk belang wordt gesproken, wordt daarmee gewoonlijk niet een eigen belang, onderscheiden van alle andere belangengrootheden, van de vennootschap aangeduid, doch wordt daarmee gedoeld op een complex van belangen in en in verband met de vennootschap. Dit complex is groter en ingewikkelder naarmate de n.v. meer is uitgegroeid.

De afweging van één bepaalde belangengrootheid tegen het complex van belangen is steeds de inzet geweest van de processen die tot de volgende juris-

1. Maeijer, rede, p. 7.

2. NV 42, p. 155.

3. Hierbij wordt gemakshalve even de toepasselijkheid van de regeling van art. 2.1.9.1 nieuw BW aangenomen, welk lid luidt als volgt: 'Een vordering tot vernietiging van een besluit van de algemene vergadering of tot vernietiging van een stem, moet tegen de rechtspersoon worden ingesteld bij de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon. Indien het bestuur van de rechtspersoon de vordering instelt, wijst de rechtbank ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende iemand aan, die in naam van de rechtspersoon in het geding optreedt'.

prudentie hebben beleid en welke Maeijer hebben gediend tot steun voor zijn visie ¹:

HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 inzake Doetinchemse IJzergieterij:

De meerderheid van aandeelhouders maakte bezwaar tegen het besluit van commissarissen tot emissie van aandelen aan anderen dan haarzelf, door welke emissie zij haar meerderheidspositie verloor; de emissie werd echter in het belang van de vennootschap geboden geacht om na de verliesjaren 1942/1945 het bedrijf weer op gang te brengen (gezonder bestaan, uitgroei en voortbestaan).

HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 48 inzake Unipart/Rotterdamse Droogdok Maatschappij:

Het bezwaar van een winstgerechtigde tegen volgens haar te hoge reserveringen werd afgewogen tegen het belang van de vennootschap bij interne financiering om de schade uit de laatste wereldoorlog te boven te komen.

Hof Leeuwarden 13 dec. 1961, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434 inzake Scholten's Aardappelmeelfabrieken:

Commissarissen en directie dienen bij emissie van nieuwe aandelen het belang der vennootschap af te wegen tegen dat van een aandeelhouder.

Hof Amsterdam 11 jan. 1962, in HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.A.M./Van den Bergh:

Bij een besluit van directie en commissarissen tot herkapitalisatie werd het belang der vennootschap tegen dat van een winstgerechtigde afgewogen.

Overigens kan het ter wille van het inzichtelijk maken van de jurisprudentie wel praktisch nut hebben van een vennootschappelijk belang te spreken, mits men daarbij dan maar onderkent, dat dat niet een eigen grootheid is, onderscheiden van de overige afzonderlijke belangengrootheden, doch duidt op het complex van belangengrootheden in en in verband met de vennootschap. In concrete situaties zal het dikwijls moeilijk zijn, wanneer een bepaald deelbelang in het geding is, aan te geven tegen welke andere belangengrootheden dat deelbelang nu wordt afgewogen. Veelal zullen meer belangengrootheden tegelijk staan tegenover het ene deelbelang. Men moet zich dan wel behelpen met één begrip voor die diverse belangengrootheden tezamen.

Het belang van de openbare orde

159. De openbare orde ² is geen belangengrootheid die voor afweging tegen

1. Rede passim; NV 44, p. 229-230.

2. Er wordt ook wel gesproken over rechtsorde, Maeijer, NV 44, p. 231; of speciaal

andere belangen in aanmerking komt. Wanneer de openbare orde wordt geschonden, valt er niet meer te toetsen aan enig belang en is het besluit nietig. Normen van openbare orde zijn van absolute gelding tegenover de relatieve gelding van de normen van goede trouw ¹.

Indien de openbare orde moet worden onderscheiden van algemeen belang, is niettemin ook dit laatste geen belangengrootheid die bij besluitvorming voor afweging in aanmerking komt. Het begrip is te vaag, heeft een te onzekere inhoud, en is te zeer afhankelijk van politieke, maatschappelijke en macro-economische inzichten. Het is een richtsnoer voor het handelen van de overheid ².

De commissie-Verdam stelt ³ als nieuw art. 50 lid 3 K voor: 'De commissarissen vervullen, binnen het raam van het algemeen belang, hun taak ten behoeve van het geheel der belangen van de vennootschap en van de met haar verbonden onderneming'. Wat hier de verwijzing naar het algemeen belang betekent, is niet geheel duidelijk. De toelichting is niet erg helder, zoals blijkt uit de volgende letterlijk geciteerde passage en tevens uit de kritiek van een aantal leden van de commissie ⁴:

'De woorden "binnen het raam van het algemeen belang" doen uitkomen dat het nastreven van het belang van de vennootschap en haar onderneming niet behoort te geschieden met voorbijzien van andere zwaarwegende belangen. Waar bijvoorbeeld op een gebied van het bedrijfsleven bijzondere wettelijke maatregelen bestaan, zal het ondernemingsbeleid in overeenstemming met de strekking daarvan moeten zijn. Overigens verdient het de aandacht dat het algemeen belang niet moet worden geïdentificeerd met hetgeen de overheid nastreeft. De redactie is zo gekozen, om tot uitdrukking te brengen, dat de commissarissen bij de behartiging van de hun toevertrouwde belangen rekening dienen te houden met de rechtsorde en met de maatschappij waarvan de vennootschap deel uitmaakt. Een aantal leden heeft tegen het opnemen van de woorden "binnen het raam van het algemeen belang" in de taakomschrijving voor commissarissen ernstig bezwaar. Ten dele is een verwijzing van dien aard overbodig. Het spreekt immers vanzelf dat ook een commissaris bij zijn taakvervulling – zoals een ieder – zich gebonden moet weten door ethische en rechtsnormen, aan een uitspraak van de wetgever in die geest bestaat dan ook geen behoefte. Anderzijds gaat het echter te ver rechtens meer dan dat van de commissaris te verlangen, in ons maatschappelijk bestel is de particulier binnen de grenzen van recht en redelijkheid vrij zijn beleid te bepalen en rust op de overheid de taak waar nodig door haar wetgeving duidelijk de grenzen te trekken. Van de individuele burger mag – aldus deze leden – niet worden gevergd, dat hij zich oriënteert op een zo vaag begrip als het algemeen belang. Niet duidelijk is ook, wat de sanctie op een dergelijke verplichting is. Zou een commissaris op grond van het niet voldoende in acht nemen van het algemeen belang met ontslag kunnen worden bedreigd, dan is de hieruit voortvloeiende rechtsonzekerheid ook voor een goed functioneren der onderneming onaanvaardbaar'.

toegesplitst op de n.v. over vennootschappelijke orde, Van der Grinten, preadvies VBN, p. 16. Zie hierover hoofdstuk III paragraaf 1.

1. Nr. 61.

2. Open Ondernemerschap, p. 50.

3. Rapport, p. 115. De idee om het algemeen belang te doen behartigen door commissarissen is eerder geïntroduceerd in De hervorming van de onderneming, p. 112 e.v.

4. Rapport, p. 78-79.

Met deze kritiek kan ik mij verenigen. Ook al krijgt de n.v. in het huidige maatschappelijke bestel meer eigen gestalte, ook al vermaatschappelijkt zij, dan nog behoort een dergelijke verwijzing in het vennootschapsrecht niet thuis.

De toetsing vanwege het ministerie van justitie op statutenwijzigingen (krachtens art. 45d K), waarbij als criterium vaak de zogenaamde vennootschappelijke orde wordt gehanteerd, is geen toetsing van belangen van betrokkenen in concrete situaties. Het is veeleer regulering vooruit van vennootschappelijke rechtsverhoudingen ter voorkoming van belangenconflicten.

§ 2 INHOUD VAN HET BESLUIT IN STRIJD MET DE GOEDE TROUW

160. Bij de behandeling van ongeldigheid van de inhoud (materiële ongeldigheid) wegens strijd met de wet of de statuten heb ik onderscheid gemaakt tussen de gevallen waarin geen enkel orgaan en die waarin een ander orgaan bevoegd was. Dit onderscheid is bij materiële ongeldigheid wegens strijd met de goede trouw niet goed te maken, omdat daarbij het accent geheel komt te liggen op afweging van belangen, welke afweging verschilt naargelang van het besluitvormend orgaan. Ik zal de materiële ongeldigheid wegens strijd met de goede trouw dan ook nader bezien per orgaan. Voor wat betreft de ongeldigheid van het besluit, omdat de wijze van totstandkomen in strijd is met de goede trouw, is het onderscheid tussen de vereiste medewerking van besluitvormers en de overige formele eisen, zoals ook bij toetsing van de wet en de statuten, wel te maken.

Het is moeilijk in algemene regels aan te geven hoe de belangenafweging moet plaats vinden. Deze is van veel concrete omstandigheden afhankelijk. Ik zal toch een poging tot een nadere aanduiding wagen.

A. HET BESLUIT VAN DE ALGEMENE VERGADERING VAN AANDEELHOUDERS

Benadering vanuit drieërlei standpunten

161. De belangenafweging door aandeelhouders kan worden gezien vanuit drieërlei standpunten:

1. de opvatting, dat de aandeelhouders de hoogste macht in de vennootschap vormen, in die zin dat de macht van de andere organen daarvan is afgeleid en daaraan ondergeschikt is;
2. de opvatting, dat de aandeelhouders slechts stemrecht hebben in het belang van de vennootschap en hun handelen dus primair op dat belang moet zijn gericht;

3. de opvatting, dat het stemrecht voor de aandeelhouders een eigen recht vertegenwoordigt om primair hun belang (in de vennootschap) te dienen, begrensd door de plicht op redelijke wijze met de overige belangen rekening te houden en deze zo nodig te ontzien.

De leer, dat de aandeelhouders de hoogste macht in de vennootschap vormen en naar eigen goeddunken de rechtsbetrekkingen in de n.v. (nader) kunnen bepalen, mag wel als geheel verlaten worden beschouwd. Zeker na het arrest van de Hoge Raad van 21 jan. 1955, NJ 1959, 43 inzake de Forumbank. Een enkele maal treft men de slogan 'hoogste macht' nog wel aan ¹, maar dat daarmee een aanhangen van deze extreme leer gezegd wil zijn mag men daaruit toch niet afleiden. Natuurlijk blijft de algemene vergadering in zekere mate altijd wel de hoogste macht door haar bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen, behoudens praktische belemmeringen tengevolge van oligarchische clausules. Het bijzondere van de oude leer was, dat de bevoegdheid van de andere organen als van de aandeelhoudersvergadering afgeleid werd beschouwd, zodat de aandeelhoudersvergadering hun bindende instructies kon geven. Dat wordt thans niet meer aanvaard.

Het standpunt, dat de aandeelhouders slechts stemrecht hebben in het belang van de vennootschap, zodat bij de belangenafweging hun eigen belang principieel naar de achtergrond wordt verdreven, heeft enkele decennia geleden nogal aanhangers gevonden. Te vermelden zijn Petit ², Sannes ³, Denijs ⁴, Kamphuisen ⁵ en F. Duynstee ⁶. Hierbij werd als uitgangspunt genomen de relatie tussen de aandeelhouder als zodanig en de vennootschap als rechtspersoon. De aandeelhouder werd niet zozeer gezien als drager van diverse aandeelhoudersrechten, doch als lid van een gemeenschap waarnaar hij zich primair had te voegen ⁷.

Ook dit standpunt is overwonnen. In de drie bekende stemrechtarresten ⁸ leert de Hoge Raad immers, dat de aandeelhouder in het hem verleende stemrecht niet een recht in het belang van anderen is toevertrouwd, doch een eigen recht is gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen. Men mag wel aannemen, dat de Hoge Raad hiermee duidelijk voor het derde hierboven genoemde standpunt heeft geopteerd ⁹. Dit standpunt komt mij juist voor. De

1. Hof Amsterdam 9 jan. 1959, in HR 19 feb. 1960, NJ 1960, 473 (Aurora) r.o. 9.

2. Diss., p. 203.

3. Sannes, a.w., p. 131.

4. Denijs, a.w., p. 16.

5. NV 19, p. 354. Hij erkende wel dat de aandeelhouder *mede* zijn eigen belang in aanmerking mocht nemen.

6. NV 20, p. 115.

7. Hijmans van den Bergh in noot in NJ 60, p. 1099 e.v.

8. 30 juni 1944, NJ 1945, 465 inzake Wennex; 13 nov. 1959, NJ 1960, 472 inzake Distilleerderij; 19 feb. 1960, NJ 1960, 473 in zake Aurora.

9. Van der Grinten, Ars Aequi IX, p. 57. Hijmans van den Bergh in noot NJ 60, p. 1100-1101. Vergelijk ook Rb. Arnhem 17 jan. 1946, NJ 1947, 280.

aandeelhouders zijn wel leden van een gemeenschap, maar samenwerkende leden die in die samenwerking primair hun eigen belang mogen nastreven ¹. Reeds vóór de drie stemrechtarresten was dit standpunt ook te putten uit het eerste Baus/De Koedoe-arrest ², waarin de Hoge Raad overwoog 'dat . . . aandeelhouders het recht hebben vrijelijk te beslissen, wie zij als directeur wenschen te benoemen'.

Bij het nastreven van hun eigen belang is de macht van aandeelhouders begrensd door de plicht op redelijke wijze met de overige belangen rekening te houden en deze zo nodig te ontzien. Deze begrenzing is nu eens gezocht in de ontoelaatbaarheid van 'misbruik van meerderheidsmacht' ³ dan weer van 'misbruik van recht' ⁴ of in de overweging dat het de aandeelhouder slechts 'in beginsel' vrijstaat zijn stemrecht uit te oefenen op zodanige wijze als hij daartoe dienstig oordeelt ⁵. Eenvoudiger ware te stellen, dat de begrenzing wordt gegeven door eisen van goede trouw in de vennootschappelijke verhoudingen ⁶.

Uitoefening van kernbevoegdheden

162. Vanuit de moderne visie op het recht van de aandeelhouder om primair zijn eigen belang te mogen nastreven krijgt de belangenafweging bij de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering een bepaald beeld. Het aandeelhoudersbelang heeft hoge prioriteit, vooral bij uitoefening van die bevoegdheden welke de grondslagen van het samenwerkingsverband uitmaken en daarom door mij kernbevoegdheden zijn genoemd ⁷, en die onvervreemdbaar aan de aandeelhouders toekomen, te weten benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders c.q. vereffenaars en commissarissen ⁸, vaststelling van de jaarrekening, statutenwijziging en ontbinding.

a. BENOEMING, SCHORSING EN ONTSLAG VAN BESTUURDERS, VEREFFENAARS EN COMMISSARISSSEN

163. De aandeelhouders zijn vrij te bepalen aan wie zij de leiding over hun samenwerkingsverband willen toevertrouwen. Indien echter die leiding objec-

1. Maeijer, rede, p. 15; NV 42, p. 155-156, 170.

2. 13 feb. 1942, NJ 1942, 360. Zie ook Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276.

3. HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360, eerste Baus/De Koedoe-arrest.

4. HR 30 juni 1944, NJ 1945, 465 inzake Wennex.

5. HR 13 nov. 1959, NJ 1960, 472 inzake Distilleerderij en 19 feb. 1960, NJ 1960, 473 inzake Aurora.

6. Van der Grinten, NV 27, p. 95; Maeijer, rede, p. 17.

7. Nr. 75.

8. Behoudens het bepaalde in art. 50c lid 2 en 50d lid 1 K.

tief bezien te enen male de bekwaamheid daartoe mist, waardoor van een verantwoord behartigen van de aan de leiding toevertrouwde belangen geen sprake kán zijn, is de benoeming in beginsel ongeldig ¹. In beginsel, niet steeds. In kleine vennootschappen komt het immers nogal eens voor, dat een onbekwame bestuurder of commissaris wordt benoemd om hem aan een inkomen of maatschappelijk aanzien te helpen, zonder dat hij overigens nadeel veroorzaakt, omdat naast hem een wel bekwame bestuurder of commissaris de feitelijke leiding heeft. In dat geval kan wellicht van een ondoelmatig, maar daarom nog niet ongeldig besluit worden gesproken.

Bij de benoeming van meer dan één bestuurder of commissaris blijft toch steeds het oordeel van de meerderheid der aandeelhouders beslissend. Een minderheidsgroep, al is die de grootst mogelijke, heeft rechtens geen aanspraak op een bestuurders- of commissarissenplaats, Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276. Dat laat onverlet, dat de meerderheid bij de benoeming ook op de belangen van de minderheid dient te letten. Een blind eenzijdig dienen van eigen belang is geen belangenafweging en strijdt daarom tegen de goede trouw, die immers juist die afweging vergt. Van zo'n blind eenzijdig dienen van eigenbelang is volgens Hof Amsterdam 22 feb. 1940, NJ 1940, 779 sprake bij 'opoffering, in strijd met de eischen van goede trouw en betamelijkheid, van de belangen der overige aandeelhouders en zelfs van de vennootschap aan de inhaliheid van bedoelde groep'.

In het door de Rb. Arnhem op 17 jan. 1946, NJ 1947, 280 berechte geval was de advocaat van de meerderheid der aandeelhouders tot commissaris benoemd, waardoor in de raad van commissarissen eveneens een meerderheid was ontstaan die de meerderheid van aandeelhouders gunstig gezind was. De rechtbank concludeerde daaruit, dat bij de meerderheid van aandeelhouders de opzet had voorgezetten zichzelf te bevoordelen, waaronder niet alleen financieel voordeel was te verstaan, en verklaarde de benoeming ongeldig. De rechtbank sprak van misbruik van meerderheidsmacht. In nr. 65 heb ik reeds uiteengezet, waarom ik het met dit vonnis niet eens ben. Ik zie er zelfs geen strijd met de goede trouw in. Eerst wanneer met redelijke zekerheid was te verwachten, dat de commissaris de belangen van de meerderheid blind eenzijdig zou dienen, zou er van inbreuk op de goede trouw sprake kunnen zijn ².

Het schorsen of ontslaan van een hoogst bekwame bestuurder of commissaris, ook indien hem geen enkel verwijt kan worden gemaakt, is in beginsel niet ongeldig, zelfs niet wanneer andere belangen bij aanblijven zouden zijn

1. Proc-gen Berger voór HR 13 feb 1942, NJ 1942, 360 eerste Baus/De Koedoe-arrest Volgens de Hoge Raad in dit arrest is eerst dan van ongeldigheid sprake bij opzet om zichzelf of een derde onbillijk te bevoordelen dan wel om de vennootschap of een derde te schaden Deze eis gaat te ver Niet het subjectieve begrip 'opzet' is beslissend, doch het gaat om objectieve normen van goede trouw Zie kritiek op dit arrest bij Maeijer, rede, p 17-18

2 Van der Grinten, NV 27, p 95

gediend. De algemene vergadering is nu eenmaal krachtens de wet ¹ vrij bestuurders en commissarissen te allen tijde te schorsen en te ontslaan en dus evenzeer in het algemeen vrij in de beoordeling van de gronden daartoe. Het staat de rechter niet vrij te beslissen dat het schorsings- of ontslagbesluit ongeldig is, omdat het oordeel te streng was, Rb. Rotterdam 8 sept. 1936, NJ 1937, 783. Indien echter de schorsing of het ontslag redelijkerwijs slechts kan beogen controle door bepaalde belangengroeperingen, zoals de minderheid van aandeelhouders, op de leiding uit te sluiten teneinde voor die belangengrootheden onbillijke besluiten te nemen, is het besluit wel ongeldig, Rb. Rotterdam 19 jan. 1949, NJ 1950, 276 ².

Wanneer alleen maar de bedoeling voorzit in zo'n functie een te enen male ongeschikte persoon te benoemen, is daarentegen het schorsings- of ontslagbesluit niet ongeldig. Slechts het besluit tot die nieuwe benoeming kan dan geldigheid ontberen. Immers, de functionaris wordt dan niet geschorst of ontslagen teneinde voor bepaalde belangengroeperingen onbillijke besluiten te nemen. De benoeming van de te enen male ongeschikte persoon kan echter tot gevolg hebben, dat van een verantwoord behartigen van de aan de leiding toevertrouwde belangen niets terecht komt.

Hetgeen hier is gezegd met betrekking tot bestuurders en commissarissen geldt evenzeer voor vereffenaars.

b. VASTSTELLING VAN DE JAARREKENING

164. Het vaststellen van de jaarrekening heeft voor de aandeelhouders vooral betekenis door de vaststelling en daarop te volgen bestemming van de winst ³, die immers behoudens andersluidende statutaire bepalingen hun ten goede dient te komen, art. 42d K. De belangen, die de (meerderheid van) aandeelhouders tegenover de hunne moeten afwegen, zijn vooral die van de minderheid, van winstgerechtigden en overigens van de vennootschap. Meningsverschillen kunnen makkelijk rijzen over diverse posten die de winst beïnvloeden, met name afschrijvingen, voorzieningen en voor inhouding benodigde overige middelen.

Het vaststellen van de winst dient te geschieden overeenkomstig normen, die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Het in dit verband nogal eens gehanteerde begrip 'goed koopmansgebruik' is niet altijd een juiste maatstaf. Dit begrip heeft in de praktijk steeds meer de be-

1. Art. 48b en 50d K, behoudens wanneer overeenkomstig een statutaire regeling een commissaris door anderen dan de algemene vergadering is benoemd, art. 50c lid 2 K, in welk geval het recht tot schorsing en ontslag aan die anderen toekomt.

2. De rechtbank volgt dezelfde formulering als in het eerste Baus/De Koedoe-arrest, HR 13 feb. 1942, NJ 1942, 360, te weten dat *opzet* tot onbillijke bevoordeling of schade-toebrenging nodig is. Deze eis gaat te ver. Zie noot 1 op p. 199.

3. Zie voor het begrip winst nader nr. 81.

tekenis gekregen van onderwaardering van activa en overwaardering van passiva. Dit mag uit fiscaal oogpunt wellicht gewenst zijn, het kan voor bepaalde belangengrootheden bezwaren opleveren. Evenzeer als flatteren van de jaarrekening onjuist is, kan dat ook het geval zijn met deflaten. Dit laatste kan de koers van de aandelen drukken en tot gevolg hebben, dat de minderheid bij verkoop van aandelen een lagere prijs kan bedingen dan de werkelijke waarde der aandelen bedraagt. Bovendien kan daardoor aan tantiëmisten het hun toekomend winstaandeel geheel of ten dele worden onthouden.

In het ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen van 13 mei 1968¹ wordt niet van goed koopmansgebruik gesproken, doch in art. 5² gesteld dat de grondslagen, waarop de waardering van activa en passiva berusten, moeten voldoen aan normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. De memorie van toelichting zegt daarentrent³:

'Aanwezigheid van relatief voor het beeld van de jaarrekening belangrijke stille reserves is strijdig met deze normen, maar wordt niet strijdig geacht met goed koopmansgebruik; worden deze reserves in de balans niet afgesplitst, dan is een zódanige vermelding in de toelichting vereist dat een verantwoord inzicht wordt gegeven in de betekenis ervan. Een overeenkomstige eis geldt voor mutaties in stille reserves, welke, voorzover zij niet zijn vermeld in de winst- en verliesrekening, "het verkrijgen van een getrouw beeld van de samenstelling van het resultaat van de onderneming" (artikel 6) in de weg staan. Hierbij komt, dat het begrip "goed koopmansgebruik" in de laatste decennia mede een goeddeels eigen fiscale betekenis heeft gekregen, als gevolg waarvan het elementen bevat die, wanneer gebruikt in het kader van de jaarrekening van ondernemingen, verstorend werken, en strijdig zijn met de in de artikelen 2 en 3 bedoelde normen. Als sprekend voorbeeld kan worden genoemd de principiële afwijzing van fiscale zijde van de vervangingswaarde als grondslag voor de berekening van afschrijvingen'.

Indien posten hoger of lager worden vastgesteld dan een redelijk handelende vennootschap behoort te doen, is de vaststelling ongeldig⁴. Men bedenke hierbij echter nogmaals⁵, dat de minderheid met de meerderheid over de winstvaststelling op gelijke voet kan debatteren, doch zulks niet mogelijk is voor tantiëmisten of andere derden⁶. Dit brengt met zich mee dat te dezen

1. Nr. 84.

2. '1. De grondslagen waarop de waardering van de activa en de passiva in de balans en de bepaling van het resultaat berusten, voldoen aan normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd.

2. De toelichting geeft een uiteenzetting omtrent deze grondslagen.

3. Een wijziging in de grondslagen wordt, indien zij van wezenlijk belang is, uitdrukkelijk vermeld, onder mededeling van haar invloed op het vermogen en het resultaat.'

3. Handelingen van de Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1967-1968, Bijlagen 9595 nr. 3, p. 13-14.

4. Handboek, nr. 329.1; HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484 tweede Baus/De Koedoe-arrest; 31 jan. 1947, NJ 1948, 115 derde Baus/De Koedoe-arrest.

5. Nr. 156.

6. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484 tweede Baus/De Koedoe-arrest.

aanzien tussen aandeelhouders enigszins andere maatstaven gelden dan ten aanzien van derden. De aandeelhouders mogen, misschien nog beter te stellen moeten, bij hun vaststelling rekening houden met wijzigende marktverhoudingen, groeiende concurrentie, te verwachten noodzakelijke uitbreidingen, enz.¹. Maatschappelijke aanvaardbaarheid dient hierbij de maatstaf te zijn, maar blijft een rekbaar begrip ².

Bij het oordeel over de vraag of de winstvaststelling te goeder trouw is geschied ten opzichte van een (voormalige) bestuurder of commissaris, die recht op een winstaandeel had, mag, volgens de Hoge Raad, mede in aanmerking worden genomen de omstandigheid dat hij, toen hij nog als zodanig fungeerde, met zulk een beleid had ingestemd omdat hij dat in het belang van de vennootschap oordeelde, HR 9 jan. 1953, NJ 1953, 460. Over de juistheid van deze uitspraak valt te twifelen. Het lijkt mij, dat hier de twee hoedanigheden van de bestuurder of commissaris niet voldoende zijn onderscheiden. Als bestuurder of commissaris is zijn visie op de belangenbehartiging immers anders dan als winstgerechtigde.

Te hoge reservering deed zich voor in het geval van Rb. Utrecht 15 mei 1953, NJ 1954, 337:

De n.v. reserveerde bij de vaststelling van de jaarrekening over 1946 f 100 000 voor 'diverse verplichtingen' en nog eens f 100 000 voor 'vernieuwing machines en gebouwen'. Toen deze reserves werden vastgesteld, was reeds bekend dat in 1946 slechts f 8441 aan vernieuwing was besteed en was ook bekend welke omvang de overige verplichtingen grotendeels zouden hebben³. Bij de vaststelling van de jaarrekening over 1949 stonden de reserves over 1946 en 1947 van tezamen f 300 000 nog onaangesproken. Aan liquide middelen voor betaling van tantième ontbrak het de n.v. ook niet. De rechtbank achtte de vaststelling van de winst over 1946 en 1947 tegenover een tantiëmist in strijd met de goede trouw.

Wordt de winst vastgesteld op een hoger bedrag dan, uitgaande van normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, in werkelijkheid is behaald, dan kan het vaststellingsbesluit evenzeer ongeldig zijn. Niet alleen kan de minderheid daardoor benadeeld worden doch evenzeer de vennootschap, terwijl ook de belangen van werknemers en crediteuren in het gedrang kunnen komen.

C. STATUTENWIJZIGING

165. De sedert 1928 uitdrukkelijk in de wet, art. 45 K, vastgelegde mogelijk-

1. Vergelijk Hof 's-Gravenhage 2 maart 1955, NJ 1955, 426. Cassatieberoep verworpen door HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 48, waarover uitvoerig in nr. 202.

2. A. van Oven, *De econometist* 1961, p. 893. Hij gebruikt daar overigens nog het begrip goed koopmansgebruik.

3. In het vonnis is de omvang niet nader aangeduid.

heid tot wijziging van de statuten kan niet alleen door de openbare orde en goede zeden, de wet en de statuten zelf, doch ook door de goede trouw beperkt zijn. Vóór 1928 was het niet zozeer een discussiepunt of een bepaalde statutenwijziging in strijd was met de goede trouw, maar meer of statutenwijziging bij meerderheidsbesluit in beginsel geoorloofd was. Bij de opvatting, die in de statuten een obligatoir contract zag, paste dat iedere wijziging bij meerderheidsbesluit ontoelaatbaar was. De regeling van de staatscommissie van 1879 ¹, waarin deze leer werd gehuldigd, berustte dan ook op de grondgedachte dat de statuten slechts door wilsovereenstemming van alle aandeelhouders konden worden gewijzigd, voorzover niet omtrent de bevoegdheid tot wijziging in de statuten zelf iets anders was bepaald. Deze opvatting werd in 1928 verlaten ².

Iedere wijziging van de statuten is in beginsel geoorloofd. Wie deelneemt in een n.v. weet vanaf de aanvang dat nadere bepaling van de rechtsverhoudingen in en met betrekking tot de vennootschap afhankelijk is van en onderworpen is aan het inzicht van de meerderheid. De n.v. is gewoonlijk bestemd voor een min of meer lang bestaan onder telkens wisselende omstandigheden. Niet dat continuïteit tot het doel van de n.v. behoort ³, maar de meeste vennootschappen bestaan nu eenmaal lang en continuïteit is voor de n.v. wel belangrijk. Aanpassing aan wisselende omstandigheden kan geboden en moet daarom mogelijk zijn. Deze aanpassing is uiteraard niet aan de willekeur van de meerderheid overgelaten, doch dient te geschieden met afweging van de erbij betrokken belangen. De belangen, waarop bij een statutenwijziging vooral moet worden gelet, zijn die van de minderheid der aandeelhouders, van winstgerechtigden, van werknemers en crediteuren, en overigens van de vennootschap.

166. Doorbreking door statutenwijziging van het beginsel van gelijkheid en evenredigheid tussen de aandeelhouders, art. 39d K, is geoorloofd mits niet op willekeurige wijze. In de jurisprudentie met betrekking tot coöperatieve verenigingen wordt deze mogelijkheid aangenomen, althans niet uitgesloten.

Het Hof Leeuwarden kreeg bij arrest van 13 juni 1928, W 11928 over deze vraag te beslissen.

De statutenwijziging had de mogelijkheid geschapen om de in de oorspronkelijke statuten op het stuk van aansprakelijkheid bestaande gelijkheid tussen de leden en hen

1. Bij koninklijk besluit van 1879 nr. 26 werd een staatscommissie tot herziening van het wetboek van koophandel ingesteld. Van deze commissie verscheen in 1890 een nimmer wet geworden 'Ontwerp van een wetsvoorstel betreffende de vennootschap onder eene firma, de commanditaire vennootschap, de naamlooze vennootschap, de onderlinge waarborgmaatschappij en de coöperatieve vereeniging'. Dit ontwerp ging duidelijk van een contractueel standpunt uit; Belinfante 1890, p. 103.

2. Memorie van toelichting op art. 46f (later 45) K, Belinfante 1929, p. 82.

3. Nr. 115.

die zonder voldoende reden uittraden, te verbreken De Rb Winschoten achtte een dergelijke statutenwijziging op zichzelf in strijd met de goede trouw Het hof oordeelde anders 'dat eene mogelijkheid als door de rechtbank bedoeld op zich zelve niet voldoende is om aan te nemen, dat een besluit tot statutenwijziging is in strijd met art 1374 BW, doch daaruit slechts kan volgen, dat de uitvoering van een krachtens de nieuwe statutenbepaling door de ledenvergadering genomen besluit niet zou kunnen worden afgedwongen, indien het, in overeenstemming met die mogelijkheid, bleek in strijd te zijn met goede trouw, redelijkheid en billijkheid, doch zoodanige strijd niet kan worden aangenomen op den enkelen grond, dat door de heffing van een omslag van de leden, oud-leden van hunne nog bestaande aansprakelijkheid bij liquidatie zouden worden ontheven, maar voor alles zou moeten blijken, dat de leden der vereeniging door de heffing van den omslag in strijd met goede trouw, redelijkheid en billijkheid, onredelijk en onbillijk worden belast'

Kort daarna overwoog de Hoge Raad bij arrest van 29 nov. 1928, NJ 1929, 472 in een ander geval, dat er geen redelijke grond is om aan te nemen, dat de openbare orde en goede zeden zich zouden verzetten tegen iedere ongelijkheid in verplichtingen tussen leden van een coöperatieve vereeniging, door statutenwijziging ontstaan.

Jurisprudentie over naamloze vennootschappen, waarbij doorbreking van het beginsel van gelijkheid en evenredigheid duidelijk werd aanvaard, heb ik niet aangetroffen.

Het arrest van het Hof Arnhem van 24 april 1917, NJ 1917, 634 is in dit opzicht twijfelachtig.

Preferente aandelen, nominaal groot f 500, werden geconverteerd in nimmer dividend of rente trekkende winstbewijzen van f 125, terwijl bij liquidatie de uitkering ook tot f 125 beperkt zou blijven Het hof verklaarde de wijziging wel ongeldig, maar overwoog daarbij dat de litigieuze statutenwijziging niet alleen de wezenlijke haar kenmerkende grondslagen waarop de n v was gevestigd veranderde, maar die volkomen omver wierp en een geheel nieuwe daarvoor in de plaats stelde, met het gevolg dat ook in de verhouding van de aandeelhouders tot elkaar zulk een verstrekkende verandering en in hun rechten zulk een verkorting werd aangebracht als niet alleen geen enkele aandeelhouder bij de oprichting der vennootschap kon hebben voorzien, maar ook niet met een beroep op enige wetsbepaling of enig rechtsbeginsel viel te rechtvaardigen De wijziging, zo lees ik het arrest, zou derhalve als willekeurig kunnen worden aangemerkt

Hoe de beslissing van het hof zou zijn geweest indien de wijziging van mindere omvang of minder ingrijpende aard was, is wellicht met enige voorzichtigheid uit een eerdere overweging op te maken. Daar zegt het hof immers, dat besluiten tot statutenwijziging zich hebben te beperken tot zodanige grenzen, dat de wezenlijke de vennootschap kenmerkende grondslagen, waarop zij werd gevestigd, niet volkomen worden gewijzigd en geheel andere daarvoor in de plaats worden gesteld, of dat in de verhouding van de aandeelhouders tot elkaar een omkering wordt gebracht, of rechten, die als voorrechten aan een bepaald soort van aandelen zijn toegekend, zonder hun toestemming worden verkort of opgeheven. Het lijkt er met andere woorden op, dat het hof slechts beperkte veranderingen van niet ingrijpende aard geoorloofd acht In ieder

geval trekt het hof ergens een denkbeeldige grens naarmate de verandering meer of minder ingrijpend is.

Dat trekken van een grens, niet afhankelijk van willekeur of het misbruiken van een machtspositie, doch van de meer of minder ernstige ingreep in de gevestigde vennootschappelijke verhoudingen, levert echter een moeilijkheid op. Die grens in het algemeen aan te duiden is onmogelijk. Niet beslissend dient te zijn of de grondslag, waarop de oprichters de vennootschap hebben gevestigd, omver wordt geworpen dan wel zekere voorrechten aan aandeelhouders worden ontnomen. Dat kan onder gewijzigde omstandigheden zeer wel noodzakelijk zijn voor het voortbestaan van de vennootschap en het bereiken van haar doel. Evenmin zou ik beslissend willen achten, of de aandeelhouder voor zulke gewijzigde verhoudingen nog wel geacht kan worden aandeelhouder te zijn geworden. De maatstaf dient veeleer te zijn, of de wijziging noodzakelijk is voor een gezond voortbestaan van de n.v. en het bereiken van haar doel. Daarbij mag worden verdisconteerd dat iedere aandeelhouder weet, dat de mogelijkheid van wijziging aan zijn deelneming inherent is ¹.

167. Door het creëren van prioriteitsaandelen en het daaraan verbinden van bijzondere bevoegdheden kan het beginsel van gelijkheid tussen aandeelhouders worden doorbroken. Vooral twee motieven doen daartoe opgeld, te weten het concentreren van macht en het weren van vreemde invloed.

Het eerste motief kan alleszins redelijk zijn bij uitgifte van nieuwe aandelen aan derden, waarbij de reeds bestaande aandeelhouders de prioriteit aan zich behouden; de nieuwe aandeelhouders weten onder wat voor condities zij deelnemen. Het in zo'n geval concentreren van macht kan een beloning zijn, die de oorspronkelijke aandeelhouders zich voorbehouden in verband met oprichtingswerkzaamheden en eerste risico's. Het kan echter evenzeer in het belang van de vennootschap zijn, wanneer door deze machtsconcentratie het benoemings-, uitkerings-, emissie- en stortingsbeleid in handen blijft of komt van daartoe deskundige personen. Uiteraard zal dan ook statutenwijziging zelf aan de goedkeuring van houders van prioriteitsaandelen onderworpen moeten zijn, omdat anders de algemene vergadering die statutaire bepalingen waarin macht aan houders van prioriteitsaandelen wordt verleend toch weer zou kunnen wijzigen; dan zou machtsconcentratie weinig praktische zin hebben. Een besluit tot het creëren van prioriteitsaandelen is onder zulke omstandigheden niet ongeldig. Voor het verschaffen van prioriteit aan slechts een gedeelte van de bestaande aandeelhouders kan ik bezwaarlijk een redelijk argument zien. Dat komt mij zonder meer wel ongeldig voor.

Ook het tweede motief, het weren van vreemde invloed, kan misschien redelijk en verantwoord zijn. Dit motief speelt vooral, wanneer een overnamebod op de meerderheid van de aandelen door, meestal, een buitenstaander

1. Asser-Van der Grinten, p. 261 e.v.; Handboek, nr. 345; Maeijer, rede, p. 19.

wordt gevreesd, wel aangeduid als een 'take-over bid' of 'Überfremdung' ¹. Hier past echter grote voorzichtigheid. Zo'n bod heeft slechts zin wanneer het de beurskoers en de rendementswaarde of, indien de aandelen niet ter beurse zijn genoteerd, de overigens voor aandeelhouders kenbare waarde overtreft, maar betekent dan voor de individuele aandeelhouder ook een direct geldelijk voordeel. Tegen dit belang moet wel een zeer sterk argument voor behoud van de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de vennootschap worden aangevoerd om de geldigheid van een besluit tot het creëren en uitgeven van prioriteitsaandelen te verwerven. Die zelfstandigheid en onafhankelijkheid zal welhaast nationale macro-economische betekenis moeten hebben om het miskennen van het direct geldelijke voordeel van aandeelhouders te rechtvaardigen.

In beginsel is ook vermindering van prioriteitsrechten mogelijk, doch dit zal zich in de praktijk nooit of hoogst zelden voordoen. Gewoonlijk wordt juist veel aandacht besteed aan een zorgvuldige statutaire regeling omtrent de prioriteitsaandelen. Een poging tot wijziging van de aan deze aandelen verbonden rechten zal daarom meestal reeds op de statuten afstuiten.

168. Statutenwijziging kan de positie van een aandeelhouder ook op andere wijze ongunstiger maken. Met betrekking tot coöperatieve verenigingen is in de jurisprudentie verzwaring van louter financiële verplichtingen aanvaard ². Bij de n.v. is dat echter uitgesloten op grond van het dwingend karakter van art. 38b K. Het ongunstiger worden van zijn positie kan zich echter in ander opzicht voordoen.

Invoering van een tot dan toe niet bestaande of van een verdergaande blokkeringsclausule zou misschien geoorloofd kunnen zijn, teneinde te voorkomen dat aandelen in handen van concurrenten komen die de vennootschap niet gunstig gezind zijn. Zo'n blokkering of verdergaande blokkering belemmert echter altijd enigszins de verhandelbaarheid van de aandelen en keert zich dus tegen het belang van de minderheid. Het belang van het geheel kan echter onder omstandigheden dienen te prevaleren, maar ook hier zou ik dezelfde strenge eisen willen stellen als hiervoor bedoeld bij het creëren van prioriteitsaandelen. Dan is het besluit niet ongeldig, mits de overdraagbaarheid van de aandelen niet zodanig wordt bemoeilijkt dat deze in feite wordt uitgesloten. Indien echter, objectief gezien, het redelijkerwijs te verwachten gevolg daarvan is dat de minderheid wordt bewogen haar aandelen van de hand te doen tegen een te lage prijs, ondanks objectieve prijsbepaling waar het departement zo'n grote voorstander van is, zal het besluit wel ongeldig zijn.

1. Van der Grinten, NV 39, p. 152 e.v.; G. H. A. Schut, Het overrompelingsgevaar als vennootschappelijk probleem, uitgave Nederlandse participatie maatschappij NV, Amsterdam 1964.

2. HR 29 nov. 1923, NJ 1924, 129; 2 dec. 1926, NJ 1927, 102 m.n. Meijers; 15 juni 1928, NJ 1928, 1626 m.n. P. Scholten, W 11856 m.n. Molengraaff; 18 april 1929, NJ 1929, 900 m.n. Meijers; 25 april 1929, NJ 1929, 1261; Hof Leeuwarden 26 april 1933, W 12665.

Een bepaling in de statuten, die de bevoegdheid tot wijziging van een of meer andere bepalingen beperkt, bijv. door de eis van versterkte meerderheid, kan krachtens art. 45 lid 2 K slechts worden gewijzigd met inachtneming van dezelfde beperking.

Indien echter de statuten een bepaald besluit, dat geen statutenwijziging inhoudt, aan een beperking onderwerpen, kan deze bepaling worden gewijzigd zonder inachtneming van die beperking. Behoudens natuurlijk bij strijd met de goede trouw. Dit laatste werd aanwezig geacht door Rb. Haarlem 6 dec. 1938, NJ 1939, 394, in een geval waarin de statuten zo werden gewijzigd dat in plaats van een meerderheid van tweederde nog slechts een gewone meerderheid nodig was voor een besluit tot storting.

De betrokken n.v. verkeerde vrijwel in déconfiture. De bestuurder was tevens houder van tien niet-volgestorte aandelen, waarop maximaal vijf stemmen konden worden uitgebracht. De enige andere aandeelhouder, Van der Pol, had een gelijk aantal niet-volgestorte aandelen en stemmen. De bestuurder droeg één aandeel over aan een derde, waardoor hij toch nog vijf stemmen behield maar die derde één stem verwierf, waarvan deze ook gebruik maakte door in gelijke zin te stemmen als de bestuurder. Deze had én als behoorlijk gesalarieerd directeur en als crediteur voor f 80 000 er groot financieel belang bij, dat de n.v. bleef voortbestaan en er daartoe werd bijgestort. Van der Pol had echter geen enkel voordeel van de bijstorting en maakte tegen de statutenwijziging en de storting dan ook bezwaar. Bovendien stond vast, dat de eis van een meerderheid van tweederde juist in de statuten was opgenomen om Van der Pol en de directeur te beschermen tegen een machtspositie van de toen nog deelnemende mede-oprichter, die aanvankelijk de meerderheid der aandelen hield. Door de wijziging zou de welbewust gecreëerde bescherming van Van der Pol even welbewust worden gefrustreerd.

Het besluit tot statutenwijziging (en later tot het vorderen van storting) werd onder deze omstandigheden in strijd met de goede trouw en dus ongeldig geacht, nu niet was gebleken dat door de wijziging een dusdanig vitaal belang van de n.v. werd gediend, dat daardoor dit besluit werd gerechtvaardigd; intendeel, dit veeleer de strekking had de belangen van de directeur-aandeelhouder eenzijdig te dienen.

169. Het scheppen van de enkele mogelijkheid van onredelijke en onbillijke toepassing van een door statutenwijziging ingevoerde of gewijzigde bepaling doet de wijziging zelf nog niet zonder meer in strijd met de goede trouw zijn. Met betrekking tot coöperatieve verenigingen is dit uitdrukkelijk in de jurisprudentie overwogen ¹, maar het geldt evenzeer voor naamloze vennootschappen. Ongeldigheid komt eerst aan de orde, wanneer de ingevoerde of gewijzigde bepaling inderdaad tot een onredelijk besluit leidt, maar die ongeldigheid is dan in dat uitvoeringsbesluit gelegen. Anders is het wanneer, objectief bezien, de statutenwijziging slechts tot een onredelijke en onbillijke toepassing strékt, zoals in het hiervoor genoemde Haarlemse geval.

170. Is het in overeenstemming met de goede trouw ten opzichte van een minderheid om door statutenwijziging het apparaat van de vennootschap

1. HR 2 dec. 1926, NJ 1927, 102 m.n. Meijers; 25 april 1929, NJ 1929, 1261; Hof Leeuwarden 13 juni 1928, W 11928; 26 april 1933, W 12665.

dienstbaar te maken aan een bedrijfsvoering op geheel andere, bijv. coöperatieve, grondslag. Van der Heijden-Van der Grinten achtten dit verdedigbaar ¹, het Hof Leeuwarden 22 juni 1955, NJ 1956, 228 verklaarde zo'n besluit niet ongeldig. In dit geval werd de doelomschrijving gewijzigd van: 'Het doel der vennootschap is de fabricatie en verkoop van zuivelprodukten in de meest uitgebreide zin van het woord' in: 'Het doel der vennootschap is de exploitatie van een zuivelfabriek in de meest uitgebreide zin van het woord'. Blijkens de door het bestuur gegeven toelichting beoogde de wijziging de ondernemingsvorm beter geschikt te maken voor de coöperatieve bedrijfsvoering, hetgeen praktisch zou worden bewerkstelligd door verhuur van de fabriek aan een op te richten coöperatieve vereniging. Een eerder beoogd besluit tot ontbinding en omzetting van de n.v. in een coöperatieve vereniging werd niet gehaald, doordat de vereiste medewerking van een opponerende aandeelhouder ontbrak ².

Toch rijzen hier twijfels. Weliswaar kan in beginsel de doelomschrijving steeds worden gewijzigd, ook wanneer dit in verband met veranderde omstandigheden ingrijpend moet zijn, maar de aandeelhouder houdt nu eenmaal bij zijn deelneming er rekening mee dat de maatschappelijke werkzaamheid wordt uitgeoefend op de voor een n.v. eigen juridische grondslag. Wanneer nu, zoals in het door het Hof Leeuwarden berechte geval, het doel zodanig wordt gewijzigd, dat de vennootschap de oorspronkelijke maatschappelijke werkzaamheid niet meer zelf uitoefent doch haar apparaat beschikbaar stelt aan een coöperatieve vereniging met het oogmerk dat deze die maatschappelijke werkzaamheid gaat uitoefenen, dan worden de aandeelhouder de mogelijkheden ontnomen om met zijn typisch vennootschappelijke rechten een rol te spelen met betrekking tot die maatschappelijke werkzaamheid. Er moeten dan toch wel sterke argumenten van andere aard spreken om op te wegen tegen dit belang van de aandeelhouder. Daarvan blijkt uit het arrest van het Hof Leeuwarden niets.

Een zelfde bezwaar rijst tegen oprichting van dochterrechtspersonen. Ook dan heeft de individuele aandeelhouder van de moeder-n.v. niet meer rechtstreeks invloed in de dochterrechtspersoon, zoals hij deze heeft in de moeder-n.v. Ik heb op dit bezwaar reeds eerder gewezen ³. Het oprichten van een dochterrechtspersoon is op zichzelf echter niet in strijd met de wet, mits door het bevoegde orgaan daartoe wordt besloten.

171. Aantasting van preferente rechten van bepaalde aandelen is op zichzelf niet ongeoorloofd. In het algemeen verstaat men onder preferente aandelen die, waaraan enig voorrecht boven de gewone is verbonden met betrekking tot de

1. Handboek, nr. 345.

2. Voor een besluit tot ontbinding was in casu krachtens de statuten de medewerking van alle aandeelhouders nodig, voor een besluit tot statutenwijziging slechts van de volstrekte meerderheid.

3. Nr. 78.

winstverdeling, eventueel ook met betrekking tot de vereffening. Veel voorkomende vormen van preferentie zijn de gewone, cumulatieve, de winstdelende en de winstdelend cumulatieve ¹.

Wanneer nu in een vennootschap een reorganisatie en een soms daarmee gepaard gaande afschrijving van kapitaal plaats vindt, zal veelal wijziging in de winstverdeling redelijk zijn. Immers, wanneer die afschrijving geschiedt zonder wijziging in de winstverdeling, zal gewoonlijk een eventueel te behalen winst in een andere verhouding over de verschillende groepen belanghebbenden worden verdeeld dan wanneer eenzelfde bedrag onder de oorspronkelijke verhoudingen tot verdeling werd gebracht ². Behalve de wet en de statuten zal de goede trouw in het concrete geval nader dienen aan te duiden hoever de wijziging mag gaan, waarbij rekening dient te worden gehouden met de omstandigheid, enerzijds dat ook de preferente aandeelhouder vanaf den aanvang weet dat zijn deelneming evenzeer aan wijziging onderhevig is als die van de gewone aandeelhouder, doch anderzijds dat de preferente aandeelhouder bij de verwerving van zijn aandeel gemeenlijk een andere prijs betaalt dan voor een gewoon aandeel. Ook wijziging van aanspraken bij cumulatieve preferentie op in het verleden gepasseerd dividend komt mij mogelijk voor, zolang dit dividend nog niet is gedeclareerd of nog geen winst ter verdeling is vastgesteld ³.

172. Bedenklijker is het, wanneer de statutenwijziging strekt tot omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam, vooral bij grote vennootschappen. Ongetwijfeld zou dat een inbreuk betekenen op de belangen van de huidige aandeelhouders. Aandelen op naam zijn immers in het beursverkeer niet erg geliefd. Gewoonlijk zal een n.v., die een dergelijke statutenwijziging wenst, tevens de mogelijkheid van certificering open stellen. Maar dat betekent dan bovendien een praktische aantasting van de zeggenschapsrechten van de huidige aandeelhouders. Op zichzelf blijft de verandering van aandeel aan toonder in aandeel op naam voor de zeggenschap in de n.v. onverschillig. Maar juist omdat de verhandelbaarheid van een aandeel op naam geringer is, zullen vele aandeelhouders wel van de gelegenheid tot certificering gebruik maken om tenminste weer makkelijk verhandelbare stukken te bezitten. Als de certificaten dan ook nog niet op verzoek van de houders royeerbaar zijn, is de aantasting van de zeggenschapsrechten wel haast compleet. Hun recht is praktisch beperkt tot het innen van het rendement.

Een dergelijke statutenwijziging is slechts geoorloofd, wanneer daarvoor zwaarwichtige argumenten zijn aan te voeren ⁴. Het bestaan van de n.v. moet in het geding zijn. Immers, de aandeelhouders vormen de basis van de ven-

1. Zie voor nadere aanduiding Handboek, nr. 187.

2. Zie voor een uitgewerkt voorbeeld B. H. de Jongh, NV 2, p. 110 e.v. Zie voorts M. Oppenheimer, NV 3, p. 348 e.v.

3. Oppenheimer, NV 3, p. 349; Schoepp, NV 15, p. 163; Handboek, nr. 345.

4. Van der Grinten, NV 33, p. 25 e.v.

nootschap als kapitaalassociatie. De kernbevoegdheden komen daarom ook hun toe. Een belangrijke inbreuk op deze bevoegdheden is dan ook slechts toelaatbaar, wanneer de basis in gevaar is. Te denken is daarbij aan 'Überfremdung' door lieden, die de n.v. niet gunstig gezind zijn en op liquidatie aan zullen sturen met groot nadeel voor de minderheid. Geen voldoende argument lijkt mij het gevaar van vreemde invloed zonder meer.

173. Over de bescherming van statutaire rechten van derden heb ik reeds gesproken in hoofdstuk V paragraaf 2 ¹. Wij hebben daar gezien, dat wanneer bij het toekennen van een recht aan derden de bevoegdheid tot wijziging uitdrukkelijk in de statuten is voorbehouden, een besluit tot wijziging van de statuten dat nadeel aan die rechten toebrengt krachtens art. 45a slot K op die grond niet strijdig is met de statuten. Maar zo'n besluit kan wel inbreuk maken op de goede trouw. Immers ook wanneer de bevoegdheid tot wijziging uitdrukkelijk is voorbehouden dienen de belangen van de derden-gerechtigden te worden afgewogen tegen andere belangen. Het gebruik maken van de statutaire wijzigingsbevoegdheid is ongeoorloofd wanneer na afweging van de belangen van derden-gerechtigden tegen alle andere relevante belangen geen redelijk handelende vennootschap onder gelijke omstandigheden tot zo'n besluit was gekomen. Het komt mij voor, dat hiervan in ieder geval sprake zal zijn indien het besluit slechts wordt ingegeven door de wens het voor aandeelhouders beschikbaar komende winstsaldo te vergroten, zonder dat in redelijkheid enig ander belang daartoe noopt.

Er mag hierbij wel rekening worden gehouden met het feit dat de derden-gerechtigden vanaf de aanvang van hun recht wisten, dat dit aan statutair geregelde wijzigingsmogelijkheid onderhevig was. Dit dwingt echter toch tot een redelijke belangenafweging. De noodzaak bijv. tot interne financiering in grotere mate dan voorheen, om dreigende concurrentie bij voorbaat het hoofd te bieden of om tijdig op een andere bedrijfsvoering over te gaan, kan onder omstandigheden verkorting van winstrechten, zelfs in ernstige mate, wel rechtvaardigen. Zie Hof 's-Gravenhage 26 mei 1954, NJ 1955, 90.

174. Wanneer aan derden geen statutaire doch slechts contractuele rechten toekomen, hebben zij volgens Van der Grinten ² en Stein ³ niet de mogelijkheid de ongeldigheid van een besluit en derhalve ook niet van een statutenwijziging in te roepen op grond van het feit dat hun positie is geschaad. Zoals ik reeds heb uiteengezet ⁴, ben ik het daarmee oneens. Ook hun contractuele rechten dienen bij de besluitvorming in aanmerking te worden genomen, al is art. 45a K niet voor hen geschreven. Onder de hier bedoelde derden zijn te

1. Nr. 140.

2. Preadvies VBN, p. 14.

3. NV 39, p. 24-25.

4. Nr. 155-156.

verstaan al diegenen die en voorzover zij in contractuele relatie staan tot de vennootschap, zoals werknemers en crediteuren. Maar ook bestuurders en commissarissen kunnen hieronder vallen, wanneer en voorzover zij winstrechten hebben die slechts contractueel zijn vastgelegd.

Vermindering van het geplaatste kapitaal kan nadeel toebrengen aan winstgerechtigden. Vooreerst vermindert een geringer kapitaal de winstkansen en voorts kan het labiliteit veroorzaken ten aanzien van het voortbestaan van de n.v. Evenzeer kan wijziging van het statutaire doel een ingrijpende verandering teweeg brengen in de relatie met werknemers. Statutenwijziging kan de waarborgen voor crediteuren aantasten. Wanneer bij de besluitvorming de belangen van derden niet in voldoende mate worden afgewogen, kan het besluit tot statutenwijziging te hunnen opzichte dan ook ongeldig zijn. De Hoge Raad heeft bij arrest van 20 april 1928, NJ 1928, 1371 m.n. P. Scholten inzake Elias/De Gavere een statutenwijziging ongeldig verklaard, waarbij de aandelen nominaal in waarde werden gehalveerd waardoor dus de verplichtingen der aandeelhouders werden beperkt; hierdoor werden de waarborgen voor pandbriefhouders verminderd. Of de Hoge Raad in dat geval thans nog zo zou oordelen is overigens dubieus, omdat voor een besluit tot kapitaalvermindering in de regeling van de art. 41c e.v. K een waarborg voor crediteuren is opgenomen.

175. Als complex van onderscheiden belangengrootheden kan bij statutenwijziging het vennootschappelijk belang in de belangenafweging een rol spelen. Aantasting van afzonderlijke belangengrootheden zal veelal worden gemotiveerd met en worden gerechtvaardigd door een beroep op het vennootschappelijk belang. Omgekeerd is aantasting van het belang van de vennootschap met een beroep op een deelbelang moeilijk voorstelbaar. Immers wanneer geen enkele afzonderlijke belangengrootheid wordt geschaad, kan er van aantasting van het vennootschappelijk belang geen sprake zijn.

d. ONTBINDING

176. Het besluit tot ontbinding van de vennootschap ¹ is als aandeelhoudersbesluit evenzeer als andere besluiten onderworpen aan de toets der goede trouw. Belangen die hierbij dienen te worden afgewogen zijn vooral die van de minderheid van aandeelhouders, van winstgerechtigden alsmede van werknemers en crediteuren.

Ongeldig wegens strijd met de goede trouw is het ontbindingsbesluit, wanneer de meerderheid daardoor het bedrijf wegens zijn gunstige resultaten ten nadele van de minderheid in andere handen speelt ². Niet zonder meer ongel-

1. Art. 55, sub 2 K.

2. Speetjens, diss., p. 114; Rb. Rotterdam 20 feb. 1911, W 9183; de rechtbank grond-

dig komt het mij voor, wanneer de meerderheid de vennootschap wil laten verdwijnen uit concurrentieoogpunt.

De laatste jaren ziet men nogal eens, dat besturen van vennootschappen allerlei maatregelen nemen om te voorkomen dat een concurrent de meerderheid van aandelen verwerft. Als argument wordt dan veelal gewezen op het gevaar, dat die concurrent als houder van de meerderheid der aandelen zal besluiten de vennootschap te ontbinden of de door de vennootschap gedreven onderneming geheel of gedeeltelijk te liquideren. Op zichzelf lijkt mij dit argument niet steekhoudend. Aan de deelneming in de vennootschap is nu eenmaal de mogelijkheid van ontbinding inherent, ook al levert die ontbinding voor de minderheid zekere nadelen op. Slechts wanneer die nadelen van dien aard zijn, dat de meerderheid die in redelijkheid diende te voorkomen, kan eerst van ongeldigheid worden gesproken.

Winstgerechtigden, waaronder ik dus versta allen die anders dan als aandeelhouder recht op een aandeel in de winst hebben, verliezen door ontbinding hun winstaanspraken. Volgens Van der Heijden-Van der Grinten kunnen zij echter niet uit dien hoofde de ongeldigheid van een ontbindingsbesluit beweren; wel zullen zij onder omstandigheden op grond van de goede trouw een schadeloosstelling van de vennootschap kunnen verlangen¹. Ik meen echter, dat juist wanneer, op grond van de goede trouw, derden een schadeloosstelling of andere vorm van compensatie zouden kunnen vorderen, er een belang kan blijken te zijn dat bij de besluitvorming dient te worden afgewogen, in dier voege dat wanneer dit belang niet naar behoren wordt ontzien onder omstandigheden het besluit ongeldig kan zijn wegens strijd met de goede trouw. Echter niet in alle gevallen. Hier geldt de driedledige onderscheiding die ik in nr. 155 heb gemaakt.

Ongeldig zou ik in dit verband een besluit tot ontbinding willen noemen, wanneer de winsten tot dan toe gering zijn geweest, het redelijkerwijs is te verwachten dat de winsten thans aanmerkelijk zullen worden, en de aandeelhouders de vennootschap ontbinden om de werkzaamheid daarna voort te zetten in een nieuwe n.v. of onder andere rechtsvorm.

De ontbinding zou kunnen worden gehanteerd om de vennootschap van een knellende rechtsband met crediteuren of werknemers te ontdoen. Indien het besluit louter daarop is gericht zonder enige andere redelijke grond, zou reeds van strijd met de openbare orde en goede zeden kunnen worden gesproken. Wanneer wel een redelijke grond aanwezig is doch door de ontbinding

de de ongeldigheid niet op strijd met de goede trouw, doch op het beginsel dat alle aandeelhouders bij liquidatie een gelijk recht hebben op een evenredig deel van de bezittingen.

1. Handboek, nr. 376. In de 7e druk nr. 376 werd als andere mogelijkheid van compensatie, vooral indien de onderneming door aandeelhouders in een andere rechtsvorm wordt voortgezet, gezien de toekenning aan winstgerechtigden van soortgelijke rechten als zij in de n.v. hadden ten aanzien van de resultaten van de onderneming in de nieuwe rechtsvorm. Rb. Amsterdam 2 dec. 1921, NJ 1922, 714.

het belang van werknemers of crediteuren dermate wordt geschaad dat een redelijk handelende vennootschap onder gelijke omstandigheden niet tot ontbinding behoort over te gaan, is het ontbindingsbesluit ongeldig.

De mogelijkheid bestaat echter, dat na afweging van alle belangen – ook die van derden – het besluitvormend orgaan toch tot het voor die derden ongunstige besluit kon komen, omdat andere belangen zoveel groter zijn dat het nadeel voor die derden daaraan ondergeschikt dient te zijn. Voor de n.v. kan dan echter onder omstandigheden een plicht ontstaan maatregelen te nemen om het nadeel voor die derden wederom zoveel mogelijk op te heffen. Als de n.v. daartoe niet overgaat, blijft het besluit niettemin geldig doch pleegt de vennootschap wanprestatie. Of een dergelijke plicht voor de vennootschap ontstaat hangt van velerlei factoren af. Zie HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.M.A./Van den Bergh, en A. van Oven, WPNR 4956.

Uitoefening van andere niet-overdraagbare bevoegdheden

177. Hiervóór heb ik van de niet-overdraagbare aandeelhoudersbevoegdheden die behandeld, welke de grondslagen van het samenwerkingsverband uitmaken en door mij daarom kernbevoegdheden zijn genoemd. De aandeelhoudersvergadering bezit echter nog andere niet-overdraagbare bevoegdheden, die echter van minder belang zijn en in de praktijk ook zelden of nooit tot kwesties aanleiding geven. Ik heb deze alle vermeld in nr. 75.

Uiteraard dient ook bij uitoefening van deze bevoegdheden door de aandeelhouders de objectieve goede trouw in acht te worden genomen en belanggenafweging plaats te vinden, doch gezien het betrekkelijk geringe praktische belang meen ik een bespreking van deze bevoegdheden hier achterwege te kunnen laten.

Uitoefening van overdraagbare bevoegdheden

178. Behalve de bevoegdheden, die aan de aandeelhoudersvergadering onvervreemdbaar toekomen, bezit zij er die aan andere organen kunnen worden overgedragen. Deze overdracht kan alleen bij statutaire regeling geschieden. Daaronder is te rekenen de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders en commissarissen, emissie van aandelen, verwerving van eigen aandelen, intrekking van aandelen en het uitschrijven van storting op aandelen.

a. BEZOLDIGING VAN BESTUURDERS EN COMMISSARISEN

179. Niet de vraag of de bezoldiging adequaat is aan de prestaties van de bestuurder of commissaris is hier van belang, doch of bij de vaststelling van

de hoogte voldoende rekening is gehouden met andere belangen. Dit probleem speelt vooral bij kleine vennootschappen, waar de salariëring niet of moeilijk voor anderen kenbaar is, en met name bij vennootschappen waarvan de bestuurder of commissaris enig of grootaandeelhouder is. De belangen van de minderheid, van winstgerechtigden en van crediteuren spelen hierbij veelal een rol.

De bestuurder en commissaris¹ hebben recht op een redelijke beloning, waarvan de hoogte in beginsel ter vrije beoordeling van het toekennend orgaan is, Rb. Amsterdam 22 april 1929, W 12025 en Rb. Maastricht 6 oct. 1932, NJ 1933, 420. In het eerste geval had, volgens de curator in het faillissement van de n.v., de bestuurder in één jaar tijd *f* 2500 als beloning genoten; de rechtbank achtte, gezien diens geringe prestaties, *f* 250 voldoende en het meerdere mitsdien ongeldig ontvangen. In het tweede geval werd *f* 2460 per jaar voor bestuurders niet onredelijk geoordeeld.

De beloning behoeft niet altijd in evenredigheid te zijn met de verrichte prestaties, Rb. Amsterdam 22 april 1929, W 12025. Wanneer grote winsten worden gemaakt is een hogere beloning dan voor dezelfde prestaties in andere situaties zou worden toegekend zeer wel aanvaardbaar. Indien de financiële omstandigheden van de vennootschap ongunstig zijn, bestaat toch aanspraak op een redelijke bezoldiging, Rb. Haarlem 17 jan. 1933, NJ 1933, 1228 in een geval waarin *f* 1750 voor een half jaar voor een bestuurder niet buitenissig werd geacht. Maatstaf dient daarbij te zijn wat in vergelijkbare functies wordt toegekend. Hierbij mag overigens wel rekening worden gehouden met grote beloningen in het verleden, aan de bestuurder of commissaris toegekend, uitgaande boven hetgeen aan de prestatie adequaat was, in dier voege dat onder slechte financiële omstandigheden een bezoldiging beneden hetgeen in vergelijkbare functies wordt genoten niet ongeldig is. Ook speelt daarbij een rol in hoeverre de slechte financiële omstandigheden mede aan de betrokken bestuurder of commissaris zijn te wijten. Onder bezoldiging moet iedere tegenprestatie van de zijde van de vennootschap worden gerekend, derhalve ook pensioenen, verzekeringen en emolumenten in natura.

Een te hoge bezoldiging benadeelt de aandeelhouders en winstgerechtigden in hun rechten op winst en liquidatiesaldo. Wanneer daarop niet voldoende acht wordt geslagen, is het vaststellingsbesluit wegens strijd met de goede trouw ongeldig voorzover de bezoldiging uitgaat boven hetgeen in casu redelijk is. Daarvan was sprake in het geval van HR 9 jan. 1941, NJ 1941, 528 m.n. P. Scholten inzake Willink/Ter Kuile. De meerderheid van aandelen was in handen van beide directeuren, die een besluit doordrukten waarbij hun *f* 30 000 salaris per jaar werd toegekend in afwijking van hetgeen tot dusver, na onderling overleg en na afspraak tussen de twee groepen van aandeelhouders, was genoten, nl. *f* 10 000. De strijd met de goede trouw werd hier gebaseerd op het eenzijdig negeren van die afspraak.

1. De commissaris slechts, mits in de statuten een recht op beloning is toegekend, art. 50c K.

Ook een crediteur kan als derde-belanghebbende de ongeldigheid van het besluit inroepen, indien hij door de te hoge bezoldiging onvoldaan blijft, Rb. Amsterdam 22 april 1929, W 12025; Rb. Haarlem 17 nov. 1931, NJ 1932, 205; en Rb. Utrecht 11 april 1934, NJ 1935, 205. Het eerste geval is hiervoor reeds vermeld. In het Haarlemse geval moest de bestuurder zijn volledige beloning, f 6600 over elf maanden, aan de curator van de failliete n.v. terugbetalen, maar daar speelde dan wel een bijzondere omstandigheid een rol. De rechtbank nam namelijk aan, dat met de handelingen der n.v., waarvan de bestuurder tevens enig aandeelhouder was, geen ander doel werd nagestreefd dan de bestuurder en een vertegenwoordiger ten koste der crediteuren op onrechtmatige wijze te verrijken, zodat aan uitbetaling van salaris door de n.v. tevens een ongeoorloofde oorzaak ten grondslag lag. In het Utrechtse geval achtte de rechtbank f 10000 per jaar voor de bestuurder te hoog, indien de curator in het faillissement van de n.v. kon aantonen dat de n.v. ten tijde van de toekenning niet in staat was haar betalingsverplichtingen tegenover crediteuren na te komen. De rechtbank noemde geen bedrag, dat wel redelijk zou zijn geweest.

De mogelijkheden van de derde-belanghebbende om tegen zo'n besluit op te komen zijn niet beperkt tot de actie uit art. 1377 BW, die zwaardere eisen stelt, immers onder meer de onverplichtheid van de handeling en de geobjectiveerde¹ wetenschap van benadeling van de crediteur bij zowel de vennootschap – d.w.z. het orgaan dat de bezoldiging toekent – als de bestuurder of commissaris. De crediteur kan volstaan met te stellen en te bewijzen, dat de bezoldiging volgens normen van goede trouw te hoog is vastgesteld op een moment dat de vennootschap de (geobjectiveerde) wetenschap bezat niet in staat te zijn haar verplichting te zijnen opzichte na te komen; zie gemeld vonnis Rb. Utrecht. In de praktijk zullen beide mogelijkheden veelal samen vallen, omdat zoiets gewoonlijk slechts voorkomt wanneer de aan te stellen persoon tevens enig of grootaandeelhouder is. Zijn wetenschap is dan tevens die van het besluitvormend orgaan, terwijl dat bezwaarlijk verplicht kan zijn een te hoge beloning toe te kennen. Vallen die mogelijkheden echter niet samen, dan is het onderscheid tussen beide acties van belang.

Indien de rechter tot de bevinding komt, dat de bezoldiging inderdaad te hoog is, behoeft niet eerst een nieuw besluit te worden genomen. Hij dient zelf het toelaatbare bedrag vast te stellen en het besluit voor het overige ongeldig te verklaren, Rb. Amsterdam hiervoor vermeld.

b. EMISSIE VAN AANDELEN

180. Indien het gehele in de statuten genoemde maatschappelijk kapitaal nog

1. Hof 's-Gravenhage, 19 juni 1939, NJ 1939, 815; Ankum, De pauliana buiten faillissement, 1962, p. 121.

niet is geplaatst, kunnen nieuwe aandelen worden uitgegeven. Bij emissie wordt door de n.v. de gelegenheid geboden aan de huidige aandeelhouders om met meer kapitaal aan de vennootschap deel te nemen en aan derden om tot de vennootschap toe te treden. In deze deelneming c.q. toetreding zie ik niet het totstandkomen van een obligatoire overeenkomst in de zin van het derde boek BW. Zo is ontbinding wegens wanprestatie uitgesloten; wanneer de vennootschap de statuten niet nakomt, kan de deelnemer niet op die grond zijn storting terugvorderen; wanneer de deelnemer niet stort, kan de vennootschap hem niet op die grond uitstoten. Zo kan voorts de inhoud van de rechtsbetrekking tussen deelnemer en vennootschap in beginsel ook tegen de wil van eerstgenoemde worden gewijzigd, nl. bij besluit van de meerderheid van aandeelhouders. Het deelnemen aan een emissie is een typisch vennootschappelijke rechtshandeling, een handeling met eigen karakter. Deze rechtshandeling vertoont wel aspecten van een obligatoire overeenkomst, maar heeft daar verder niets mee gemeen.

Uitgifte van nieuwe aandelen heeft in beginsel ten doel het onlosbare aansprakelijke kapitaal te vergroten. Een emissiebesluit kan echter ook geoorloofd geïnspireerd zijn door andere motieven. Bij uitgifte van bonusaandelen speelt de wens naar meer onlosbaar aansprakelijk kapitaal vaak in het geheel niet; veeleer de behoefte de aandeelhouders op voor hen gunstige wijze te laten delen in de goede resultaten, ook al heeft dit mede tot gevolg dat het bijeen te houden kapitaal vermeerderd. Indien een emissiebesluit op andere motieven dan om de vennootschap aan onlosbaar kapitaal te helpen is gebaseerd, is dit dáárom dan ook nog niet ongeldig wegens détournement de pouvoir, zoals Wery n.a.v. het arrest van de Hoge Raad van 4 jan. 1963, NJ 1964, 434 inzake Scholten's Aardappelmeelfabrieken stelt¹. In dit geval waren 300 aandelen door bestuur en commissarissen uitgegeven met de bedoeling deze door stromannen te laten gebruiken teneinde in de algemene vergadering invloed uit te oefenen. Er werd geen ongeldigheid wegens détournement de pouvoir aangenomen. Toch was hiervan sprake, ik heb dat reeds in nr. 40 uiteengezet. In zoverre ben ik het wel met Wery eens. Te ruim neemt hij détournement de pouvoir echter waar hij schrijft: 'Wordt een emissiebesluit door andere motieven geïnspireerd, of in zó sterke mate mede geïnspireerd dat die andere motieven overheersen, dan is er détournement de pouvoir'.

Wel werd ongeldigheid van een emissiebesluit wegens détournement de pouvoir aangenomen door Rb. Rotterdam 30 juli 1936, NJ 1937, 729. In dit geval geschiedde de emissie (ook door commissarissen) niet om te voorzien in een wenselijke kapitaalvergroting, maar om een meerderheid te verkrijgen in de algemene vergadering, waarin over de schorsing van de bestuurder zou worden gestemd. Deze uitspraak heeft mijn instemming.

1. NV 43, p. 74.

Wanneer de emissie enkel strekt om bevoegdheden tot zich te trekken die het orgaan niet toekomen, zoals in het geval van Scholten's Aardappelmeelfabrieken en de Veenendaalsche Stoomspinnerij en Weverij¹ of het in de vorige alinea vermelde, ligt de zaak duidelijk: er is ongeldigheid (inbreuk op wet of statuten) wegens détournement de pouvoir. Moeilijker ligt het echter vast te stellen of er in een gegeven geval sprake is van willekeur. Er is dan geen inbreuk gemaakt op een wettelijke of statutaire bepaling, maar relevante belangen zijn niet naar behoren afgewogen en zonodig ontzien.

Dat bij afweging ten deze het belang van de vennootschap voorop moet staan, kan naar mijn oordeel in zijn algemeenheid niet worden gezegd; nog minder dat de enkele omstandigheid, dat een besluit in het belang van de vennootschap is, reeds de geldigheid van dit besluit zonder verdere belangenafweging meebrengt. De belangen die bij een emissiebesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders in acht moeten worden genomen zijn vooral die van de minderheid, van winstgerechtigden en van de vennootschap. De overige belanghebbenden kunnen redelijkerwijs alleen voordeel van een emissie hebben.

Het emissiebesluit van de algemene vergadering kan zowel de zeggenschaps- als de vermogensrechten van de aandeelhouders sterk beïnvloeden².

181. Een emissie kan verschuivingen teweegbrengen in de percentages waarvoor door een of door meer aandeelhouders tezamen in het kapitaal wordt deelgenomen. Wanneer alle bestaande aandeelhouders de gelegenheid krijgen de nieuwe aandelen te nemen in evenredigheid aan hun aandelenbezit, rijzen bij volstrekt evenredig stemrecht theoretisch de minste problemen. Praktisch kunnen er nog wel moeilijkheden ontstaan, wanneer bijv. op een bepaald aantal oude aandelen één nieuw aandeel wordt beschikbaar gesteld en individuele aandeelhouders niet voldoende aandelen bezitten om aan het vereiste getal voor een nieuw aandeel te komen. Vooral bij kleine vennootschappen kan het wel eens onmogelijk zijn andere oude aandelen te verwerven, zodat een aandeelhouder dan van zijn claim geen gebruik kan maken. Wanneer alle bestaande aandeelhouders claims verkrijgen in evenredigheid aan hun aandelenbezit, doch het stemrecht niet volstrekt evenredig is geregeld, heeft een emissie al gauw verstoring van de bestaande stemmenverhouding tot gevolg. En dit te sterker naarmate meer van het evenredig stemrecht is afgeweken³. Wordt met dit alles onvoldoende rekening gehouden, dan is het besluit ten opzichte van de minderheid in strijd met de goede trouw.

Een emissie kan doorbreking van het gelijkheidsbeginsel, vastgelegd in art. 39d K, tot gevolg hebben. Deze emissie is daarom nog niet ongeldig. Het

1. Nr. 40.

2. Speetjens, Het kapitaal der naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht, 1947, p. 71 e.v.

3. Zie de voorbeelden door Speetjens in zijn in de vorige noot aangehaald werk op p. 72 gegeven.

gelijkheidsbeginsel is weliswaar evenzeer grondslag van de vennootschappelijke samenwerking als het meerderheidsbeginsel, vastgelegd in art. 44d K, doch evenzeer als in de meerderheidsregeling bepaalde wijzigingen kunnen worden gebracht is dat ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel mogelijk. Ongeldigheid ontstaat eerst wanneer de verbreking willekeurig wordt ¹.

Wordt bij het emissiebesluit voor de bestaande aandeelhouders de mogelijkheid geopend om nieuwe aandelen te verwerven zonder evenredigheid aan hun oude bezit of aan het bezit van bepaalde categorieën van aandelen, dan kunnen de machtsverschuivingen al gauw ingrijpend worden. Zelfs is te denken aan het geval dat aan gewone en prioriteitsaandeelhouders een gelijk recht wordt gegeven op nieuwe prioriteits- en gewone aandelen. Meestal is dit in de statuten afdoende geregeld. Anders worden hierbij aan de goede trouw wel hoge eisen gesteld.

Belet in beginsel niets de aandeelhoudersvergadering bij een emissiebesluit slechts voor derden de mogelijkheid te openen nieuwe aandelen te nemen? Een claim voor aandeelhouders kent onze huidige wet niet ², terwijl daarin door het nieuwe BW geen verandering wordt gebracht. De aandeelhouders hebben, zo redeneert men, de macht ten deze in de statuten elke regeling op te nemen die zij wensen, en doen zij dit niet dan is de beslissing aan de algemene vergadering overgelaten ³. Van der Grinten wijst in dit verband op de wettelijke constructie van de n.v. als kapitaalassociatie, waarbij de personen van de aandeelhouders niet op de voorgrond treden en de vennootschap niet het recht ontzegd kan worden nieuwe aandeelhouders op te nemen ⁴.

Dit argument van Van der Grinten mag wellicht gelden voor een grote open n.v., omdat daarbij het karakter van kapitaalassociatie stellig op de voorgrond staat, aandeelhouders of groepen van aandeelhouders daarin zelden machtsposities innemen en doorgaans slechts interesse hebben in dividend en groei van het aandeel. Het interesseert hen weinig wie mede-aandeelhouders zijn. Misschien mag dit ook nog gelden voor iedere open, ook kleine, vennootschap, omdat de aandeelhouders daarvan bij voorbaat vrije verhandelbaarheid van de aandelen hebben geaccepteerd en ook voor hen het aandeel veelal slechts beleggingsobject is. Hier past echter reeds voorzichtigheid, waarbij het geval van de Doetinchemse IJzergieterij als treffend voorbeeld diene. Het emissiebesluit ging hier van bestuur en commissarissen uit; de statuten regel-

1. Asser-Bregstein, p. 165; Bregstein, WPNR 4420.

2. Speetjens, Het kapitaal der naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 1947, p. 73; Van der Grinten, NV 27, p. 121 e.v.; Handboek nr. 164; HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 inzake Doetinchemse IJzergieterij en 4 jan. 1963, NJ 1964, 434 inzake Scholten's Aardappelmeelfabrieken. Anders Schoepp, De naamloze vennootschap en haar aandeelhouders, 1939, p. 140.

3. Speetjens, Het kapitaal der naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 1947, p. 73.

4. NV 27, p. 121.

den geen voorkeursrecht voor bestaande aandeelhouders; de houder van de meerderheid der aandelen werd hierbij gepasseerd, waardoor deze zijn meerderheidspositie verloor. Ik kom op deze zaak nog terug ¹.

Zeker anders ligt het naar mijn mening echter bij de vennootschap die met betrekking tot de overdraagbaarheid van aandelen een besloten karakter draagt. Daar speelt het samenwerkingsaspect gewoonlijk nog een reële rol. De statutaire regeling, die de vennootschap besloten maakt, is juist gecreëerd omdat veel gewicht aan de persoon van de aandeelhouder wordt gehecht. En voorzover men ook als besloten moet beschouwen die vennootschap, waarvan de aandelen weliswaar volgens de statuten vrij verhandelbaar zijn doch waarvan de aandeelhouders gering in aantal en allen bekend zijn, terwijl zij allen een actieve rol in de vennootschap vervullen en te verwachten is dat zulks ook het geval zal zijn bij opvolgende aandeelhouders, geldt dit toch eigenlijk ook hier. In zo'n geval komt op grond van de eisen van de goede trouw de aandeelhouders in beginsel een claim toe, welk orgaan ook tot emissie bevoegd is.

Al kan dit laatste dus niet gezegd worden met betrekking tot grote en misschien ook kleine open vennootschappen, zulks neemt niet weg dat bij afweging van alle belangen voor het nemen van een emissiebesluit het belang van de aandeelhouders er een van de eerste orde is. In het arrest over de Doetinchemse IJzergieterij overweegt de Hoge Raad dat commissarissen zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en aan dit belang voorrang moeten verlenen boven dat van aandeelhouders. Deze overweging wordt gedeeltelijk gevolgd door het Hof Leeuwarden in de zaak van Scholten's Aardappelmeelfabrieken, waarin het hof namelijk wel overweegt dat bestuur en commissarissen zich hebben te richten naar het belang der vennootschap, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met dat van aandeelhouders, maar daar niet de passage aan toevoegt dat aan het belang van de vennootschap voorrang moet worden verleend boven dat van aandeelhouders. Alhoewel de belangenbehartiging in bestuur en raad van commissarissen anders ligt dan in de algemene vergadering van aandeelhouders, kan toch bezwaarlijk voor hen een plicht worden aanvaard het belang van de vennootschap te laten prevaleren. Nog minder geldt dit voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Naar mijn mening dient zij bij een emissiebesluit, indien daarbij aan het belang van de vennootschap en van de aandeelhouders evenveel gewicht kan worden toegekend, veeleer het belang van de aandeelhouders te laten voorgaan. Wanneer daarop niet voldoende wordt gelet, zal het besluit ongeldig zijn.

182. De koers kan bij een emissie een belangrijke rol spelen. Wanneer de nieuwe aandelen worden verworven door de bestaande aandeelhouders in evenredigheid aan hun bezit, is een te lage of te hoge koers geen bezwaar.

1. Nr. 192.

Worden de nieuwe aandelen niet geplaatst bij aandeelhouders in evenredigheid aan hun bezit dan wel aan derden uitgegeven, dan worden de (overige) aandeelhouders in het algemeen slechts dan niet in hun vermogensrechten geschaad wanneer de koers op tenminste de werkelijke waarde van de oude aandelen wordt gesteld. Toch dient ook hier voorzichtigheid in acht te worden genomen. Bij kleine vennootschappen met grote winsten zal de winstcapaciteit zelden geheel in de koers verdisconteerd zijn.

Wanneer tegen een te lage koers de nieuwe aandelen aan de bestaande aandeelhouders niet in evenredigheid aan hun bezit dan wel aan derden worden uitgegeven, kan het besluit ten opzichte van de minderheid ongeldig zijn. De koers van de oude aandelen daalt dan immers gewoonlijk. Er moet dan wel een sterk argument zijn om zo'n emissiebesluit te rechtvaardigen. Dat kan gelegen zijn in het belang dat de vennootschap heeft bij deelneming van een bepaalde relatie ¹. Maar dat belang moet dan wel duidelijk overwegen. Liggen de belangen van beiden – aandeelhouders en vennootschap – gelijk of nage-noeg gelijk, dan dient het belang van de aandeelhouders te prevaleren.

Indien er verschillende categorieën aandelen bestaan – gewone, preferente – dienen nieuwe aandelen van een bepaalde categorie in beginsel aan de oude aandeelhouders van diezelfde categorie te worden uitgegeven. Door vergroting van het gewone deel stijgt immers de waarde van de preferentie, omdat de winstmogelijkheid groeit. De preferente aandeelhouders kunnen zich dus niet beklagen, wanneer de gewone aandeelhouders voorkeur krijgen bij emissie van gewone aandelen. Zou bij emissie van nieuwe preferente aandelen een claim aan gewone aandeelhouders worden toegekend, dan zou de waarde van de oude preferente aandelen waarschijnlijk te zeer dalen.

183. Het belang van winstgerechtigden kan worden geschaad door uitgifte van bonusaandelen, gedekt door reserves, terwijl een primair dividend op de aandelen wordt uitgekeerd. De emissie verhoogt immers het geplaatst kapitaal zonder dat geldmiddelen aan de vennootschap worden toegevoegd, waardoor de voor winstgerechtigden beschikbare 'overwinst' geringer wordt. Onder 'overwinst' versta ik hier de winst na aftrek van het primair dividend. Bij hetzelfde winstsaldo wordt na zo'n emissie van bonusaandelen het daarop in mindering te brengen bedrag aan primair dividend groter. Of in zo'n geval van ongeldigheid sprake is, hangt van de omstandigheden af. Hierbij mag rekening gehouden worden met het feit, dat de mogelijkheid van kapitaalvergroting met de daaraan verbonden benadeling van winstgerechtigden hun van de aanvang af bekend was en zij bij de verkrijging daarmee dus rekening konden houden. Op dezelfde wijze als waarop zij de winstkansen zullen hebben verdisconteerd ².

De praktijk heeft uitgewezen, dat de omstandigheden voor winstgerechtigden niet vlug voldoende gunstig zijn om met succes de ongeldigheid van een

1. Van der Grinten, NV 27, p. 122.

2. A. van Oven, WPNR 4956.

besluit als hiervoor bedoeld in te roepen. Ik heb geen enkele voor winstgerechtigden in zulke situaties gunstige uitspraak kunnen vinden. Ook in het door de Hoge Raad op 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.M.A./Van den Bergh berechte geval werd het beroep op ongeldigheid verworpen. Het hof te Amsterdam overwoog daartoe, dat bij afweging van de belangen van de vennootschap zelf en de bij het besluit betrokken aandeelhouders en houders van winstbewijzen zeer zeker tot de beslissing kon worden gekomen, dat het belang van de vennootschap, dat in deze voorop stond, tot herkapitalisatie moest leiden. Dit punt werd niet ter toetsing aan de Hoge Raad voorgelegd.

184. Het belang van de vennootschap kan door een emissie worden geschaad, wanneer deze tegen een te lage koers geschiedt. Immers daling van de koers van de oude aandelen is daarvan het gevolg, waardoor de goodwill ongunstig kan worden beïnvloed. Het bestuur of de commissarissen kunnen de ongeldigheid van zo'n aandeelhoudersbesluit inroepen.

Geen ongeldigheid werd aangenomen door Rb. 's-Gravenhage 28 dec. 1926, W 11796:

De bestuurders, tevens houders van alle aandelen, emitteerden aandelen en plaatsten deze bij zichzelf tegen een koers van 150% Enkele maanden later verkochten zij deze tegen een koers van 214% Vast stond, dat vermeerdering van gewone aandelen door de omstandigheden geboden was Het beroep op ongeldigheid van de emissie wegens de beweerdelijk te lage koers werd afgewezen De rechtbank overwoog, dat ten tijde van de emissie de toekomstige waarde der aandelen nog geenszins vast stond, al waren de bestuurders-aandeelhouders verplicht te trachten voor de n.v. een zo groot mogelijk agio te verkrijgen Toch behoefden zij hun belangen als aandeelhouders niet aan de vennootschap op te offeren, in verband met het feit dat bij emissies aan oude aandeelhouders gewoonlijk een extra voordeel wordt toegekend. Bovendien hadden zij, om aan de n.v. de nodige kapitaaluitbreiding te verzekeren, zich een nadeel laten welgevalen, nl. blokkering hunner aandelen

185. De emissiekoers mag nimmer beneden pari liggen, art. 38a K¹. Bij dezelfde emissie kan de koers voor aandeelhouders lager, niet hoger, worden gesteld dan voor derden. Geoorloofd is het om in het prospectus geen emissiekoers of slechts een minimumkoers te noemen en de inschrijvers zelf een koers te laten opgeven, voor welke zij willen deelnemen. Bij obligatieleningen een reeds toegepaste methode. Bij de toewijzing zal dan wel voor aandeelhouders van een bepaalde categorie dezelfde koers moeten worden vastgesteld op grond van het gelijkheidsbeginsel, art. 39d K. Voor aandeelhouders van onderscheiden soort kunnen echter verschillende koersen gelden. Voor derden mogen desgewenst telkens verschillende koersen worden aangehouden.

In de Nederlandse emissiepraktijk is mij geen duidelijk voorbeeld bekend van emissie, waarbij tevoren geen emissiekoers of slechts een minimumkoers

1. Behoudens de uitzondering geregeld in lid 2.

werd bekend gemaakt. Ten aanzien van Nederlandse fondsen, waarvoor de notering in de prijscourant van de Vereeniging voor den Effectenhandel wordt aangevraagd, is het gewoonte dat de emissiekoers in het prospectus wordt gepubliceerd. Bij emissie van aandelen met claims voor de bestaande aandeelhouders zou dat ook moeilijk anders kunnen in verband met de claimhandel vóór de datum van inschrijving.

Eén enkele keer heeft een emissie plaats gevonden tegen een volkomen vrije koers. Dat was in december 1955 en betrof certificaten van aandelen van de Hollandsche Bank-Unie N.V. De Vereeniging voor den Effectenhandel is daarmede akkoord gegaan, mits tegen een en dezelfde koers zou worden toegewezen. Het betrof hier echter een kleine emissie, een zogenaamde afrondingsemissie, waarbij het bezwaarlijk zou zijn geweest aan de oude aandeelhouders een eenvoudig verhandelbare claim toe te kennen. Deze emissie kan daarom niet als duidelijk voorbeeld dienen ¹. Volgens inlichtingen van de Vereeniging voor den Effectenhandel komen soortgelijke systemen in andere landen, met name in Engeland en de Verenigde Staten van Amerika, veelvuldig voor.

C. VERWERVING VAN EIGEN AANDELEN; INTREKKING VAN AANDELEN

186. Verwerving van niet-volgestorte aandelen is ongeldig, al zou het om niet gebeuren, art. 41a lid 1 K. Van volgestorte aandelen is dit onbeperkt mogelijk, mits om niet en mits er tenminste één aandeelhouder overblijft; een vennootschap zonder aandeelhouders strijdt immers met haar wezen. Verkrijging onder bezwarende titel is slechts mogelijk tot het bedrag in de statuten vermeld, art. 41a lid 2 K. De huidige wet noemt geen maximum waaraan men in de statuten zou zijn gebonden, doch het departement staat geen grotere verwerving dan 50% van het geplaatste kapitaal toe. Het nieuwe BW bepaalt dit uitdrukkelijk in art. 2.3.3.7.2.

Het meest voor de hand liggende doel voor verwerving van eigen aandelen is afstoting van overtollige liquide bedrijfsmiddelen ². In de praktijk zal dit echter waarschijnlijk het minst als argument gebezigd worden. Beïnvloeding van de koers der aandelen, reorganisatie van het kapitaal, verwerving omdat bij aanbidding door een aandeelhouder geen der andere aandeelhouders in staat of bereid is deze over te nemen, of, bij kleine vennootschappen, familie-steun om erfgenamen van een aandeelhouder in staat te stellen successie-rechten te betalen, dan wel het treffen van een of andere regeling met een zakenrelatie zal eerder reden zijn. Tegen dergelijke motieven bestaat op zich geen bedenking.

1. S. Brouwer, Beurs en effectenhandel, 3e druk 1966, p. 109.

2. Speetjens, Het kapitaal der naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 1947, p. 136.

Verwerving om niet zal bedrijfseconomisch niet vlug bezwaarlijk genoemd kunnen worden. Hebben de aandelen nog enige waarde, dan geniet de vennootschap een voordeel; hebben ze door geleden verliezen geen waarde meer, dan wordt de vennootschap ook niet benadeeld. Verwerving om niet kan wel verschuiving teweeg brengen in de verhouding van de zeggenschapsrechten. Een voorbeeld maakt dat duidelijk.

Indien bij een verdeling van het geplaatste kapitaal in 40-30-30, waarbij de houder van 40 aandelen tevens bestuurder is, een aandeelhouder met 30 aandelen zijn pakket aan de vennootschap overdraagt, verkrijgt de houder van 40 aandelen een meerderheid in de algemene vergadering. Gewoonlijk is in statuten namelijk geregeld dat op verworven aandelen in eigen kapitaal geen stemrecht kan worden uitgeoefend. Is dat niet gebeurd en aanvaardt men dat verwerving tevens vernietiging van de aandelen meebrengt, dan valt het stemrecht op de verworven aandelen ook weg. Aanvaardt men dit niet, dan is het toch de bestuurder die namens de vennootschap op die aandelen stemrecht uitoefent. Een dergelijke verwerving zou dan ook wel eens gehanteerd kunnen worden om een lastige groep te elimineren of te verzwakken. Is dat de enkele strekking van de verwerving, dan is er sprake van *détournement de pouvoir*. Is het zo, dat die eliminering of verzwakking een, niet louter bedoeld, gevolg is en met dit gevolg onvoldoende rekening is gehouden, dan is er strijd met de goede trouw. Van ongeldigheid wegens inbreuk op de goede trouw kan hier echter eerst dan worden gesproken, wanneer de verwerving redelijkerwijze slechts tot dit gevolg *kán* leiden. De enkele mogelijkheid van benadeling is niet voldoende reden voor ongeldigheid.

Verwerving onder bezwarende titel kan evenzeer verschuiving in de verhouding van de zeggenschapsrechten tot gevolg hebben. Hetgeen hiervoor met betrekking tot het stemrecht is gezegd, geldt ook hier. Voorts kan inbreuk worden gemaakt op het beginsel van gelijkheid. Wanneer de statuten slechts de mogelijkheid van inkoop tot 50% van het geplaatst kapitaal regelen en geen bijzondere voorziening treffen voor de wijze waarop, is het aan het beslissend orgaan overgelaten de verwerving al dan niet naar evenredigheid van de overige aandelen te effectueren. Zouden de te verwerven aandelen door het lot worden aangewezen, dan heeft iedereen evenveel kans en wordt willekeur uitgesloten. Anders is de mogelijkheid van willekeur licht aanwezig. De goede trouw vergt, dat in beginsel de verwerving naar evenredigheid van aandelen van eenzelfde soort geschiedt ¹. Geschiedt de verwerving juist om door kapitaalvermindering tot terugbetaling op aandelen over te gaan, dan zal de goede trouw in het algemeen medebrengen dat de vermindering naar evenredigheid aan alle aandelen gebeurt ². Een dergelijke terugbetaling is overigens beter te realiseren door vermindering van het nominaal bedrag der aandelen.

1. Speetjens, Het kapitaal der naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 1947, p. 140.

2. Handboek, nr. 165.

Verwerving onder bezwarende titel zal in het algemeen het belang van de overige aandeelhouders, crediteuren en de vennootschap schaden, wanneer de betaalde koers de werkelijke waarde te boven gaat. Er verdwijnt dan immers meer actief uit de vennootschap dan er voor terugkomt. Dit was dan ook één der gronden, waarop de ongeldigheid van het besluit tot inkoop van aandelen Forumbank¹ werd gebaseerd: inkoop tegen 100%, terwijl de waarde circa 45% bedroeg. De rechtbank vernietigde (mede) op deze grond het besluit. In appèl kwam dit punt niet meer aan de orde.

Onder omstandigheden kan een geringe meerprijs echter verantwoord zijn, bijv. om het openbare vertrouwen in de vennootschap te beschermen door een ongemotiveerde koersdaling der aandelen tegen te gaan. Hier past echter uiterste voorzichtigheid. Voorkomen moet immers worden dat een schijnbeeld wordt opgewekt. Vallen inkoopkoers en werkelijke waarde samen, dan kunnen toch nog bezwaren rijzen. Door de bedrijfseconomisch versmalde kapitaalbasis wordt immers het risico der overige aandeelhouders groter en de waarborg voor crediteuren verminderd. Dezen kunnen de geldigheid van een daartoe strekkend besluit onder omstandigheden aantasten wegens strijd met de goede trouw.

Ook al is de koers van dien aard dat de solvabiliteit van de vennootschap en dus de waarborg voor crediteuren niet vermindert, dan nog kan verwerving van eigen aandelen schade opleveren, bijv. aan de liquiditeit. Het Forumbank-geval geeft daarvan wederom een fraai voorbeeld. De betrokken aandeelhouders compenseerden de koopsom met een privé-schuld aan de n.v., hetgeen mede een grond voor de rechtbank was tot ongeldigverklaring van het besluit.

Verwerving van eigen aandelen is slechts mogelijk met medewerking van de aandeelhouder. Tegen zijn wil kan aan zijn aandeelhouderschap geen einde worden gemaakt, tenzij de statuten in die mogelijkheid hebben voorzien. Ook dan blijft echter gelden dat de verwerving niet willekeurig mag geschieden, dus in beginsel naar evenredigheid moet plaats vinden.

187. Brengt verwerving van eigen aandelen van rechtswege tenietgaan daarvan met zich mee? De meningen zijn verdeeld. Molengraaff², Scheltema³, Van der Heijden⁴, Dorhout Mees⁵, Van Ketel⁶ en Wolfbergen⁷ menen van niet. Zij achten het bezitten door een n.v. van eigen aandelen mogelijk. Anders oordelen Schoepp⁸, en vooral in een uitvoerig betoog A. van Oven⁹.

1. Nr. 76.

2. RM 1923, p. 470 e.v.

3. Preadvises BCN 1937, p. 45 e.v.; WPNR 3235.

4. NV 9, p. 225 e.v.

5. WPNR 3402 en 3522; Statuten van naamloze vennootschappen, 1933, p. 76 e.v.

6. NV 11, p. 169 en NV 13, p. 8.

7. NV 15, p. 131.

8. Schoepp, De naamloze vennootschap en haar aandeelhouders, 1939, p. 91 e.v.; NV 11, p. 265.

9. NV 27, p. 181, 206, 225.

Van Oven beroept zich op het beginsel van schuldvermenging. Hij heeft echter de jurisprudentie niet achter zich staan ¹. Van der Grinten erkent dat het standpunt van Van Oven dogmatisch wel juist is, omdat na verwerving de rechtsbetrekking die aan het kapitaal- en aandeelbegrip ten grondslag ligt, komt te ontbreken. Hij meent echter, dat een zekere abstractie van de onderliggende rechtsverhouding wel kan worden aanvaard, mits de gevolgen daarvan worden beperkt ². Bezit van eigen aandelen door een n.v. wordt vrij algemeen aanvaard.

Steunt men het standpunt van Van Oven, dan valt met verwerving van eigen aandelen de intrekking van rechtswege samen. Bij het nemen van het besluit tot verwerving zal dus tevens met deze automatische intrekking rekening moeten worden gehouden. Huldigt men echter de andere opvatting, dan kan verwerving geschieden met instandhouding van het geplaatste kapitaal of met vermindering daarvan. De keuze hiertussen zal voornamelijk afhangen van de reden der verwerving. Is deze het als blijvend bedoeld afstoten van overtollige bedrijfsmiddelen, dan is intrekking der aandelen op zijn plaats. Is die afstoting als tijdelijk bedoeld of is de verwerving een slechts incidentele zaak – beïnvloeding van de koers, treffen van een noodzakelijke of gunstige zakelijke regeling – dan zal de vennootschap haar kapitaal in stand willen houden om de aandelen elk gewenst moment weer te gelde te maken. De emissieformaliteiten behoeven daarbij niet te worden vervuld.

Wanneer het besluit tot verwerving van eigen aandelen ongeldig is, ondergaat het besluit tot intrekking ditzelfde lot. Is de verwerving geldig, dan kan echter de intrekking toch nog ongeldig zijn. Wanneer de verwerving slechts door het tijdelijk karakter is geoorloofd, gaat het niet aan zonder meer tot intrekking over te gaan. Het bestuur ³ kan daartegen in het belang van de vennootschap of van crediteuren opkomen.

188. Een andere vorm van kapitaalvermindering is de verlaging van het nominaal bedrag der aandelen, al dan niet gevolgd door terugbetaling van dat deel, of ontheffing van de verdere stortingsplicht. Het aantal aandeelhouders blijft hierbij intact, zulks in tegenstelling tot de verwerving van eigen aandelen en daarop gevolgde vernietiging.

Daar het nominale bedrag der aandelen krachtens art. 36d K in de statuten moet zijn uitgedrukt en ontheffing van de verplichting tot volledige storting door art. 38a K is verboden ⁴, is voor deze vorm van kapitaalvermindering statutenwijziging nodig. De regels van de artt. 41c t/m 41g K gelden hier. Hetgeen in dit hoofdstuk over statutenwijziging is gezegd, is hierop van toepassing.

1. HR 28 juni 1932 (belastingkamer), A.B. 1933, p. 213; 26 maart 1941, P.W. 14548; Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 1930, W 12242; Arbitraal vonnis 11 okt. 1933, NJ 1933, 1710. Recent nog HR 29 maart 1968, NJ 1968, 324.

2. Handboek, nr. 315; HR 29 maart 1968, NJ 1968, 324.

3. Natuurlijk ook een andere belanghebbende.

4. Behoudens de uitzondering van lid 2.

d. STORTING OP AANDELEN

189. Het vorderen van storting is het beschikbaar maken van kapitaal der vennootschap, dat reeds als vordering op de aandeelhouder daarvan deel uitmaakt. Bij de institutionele opvatting past meer deze bevoegdheid als een onderdeel van de beheerstaak aan het bestuur toe te kennen ¹, zodat besluiten van de algemene vergadering op dit punt niet veel zullen voorkomen.

Kon een besluit tot emissie nog geldig zijn geïnspireerd of medegeïnspireerd door andere motieven dan te voldoen aan de noodzaak tot vergroting van het onlosbare aansprakelijke kapitaal, een besluit tot storting heeft naar zijn aard geen andere strekking dan de vennootschap meer liquide te maken. Aldus Rb. Rotterdam 16 juni 1933, W 12667 met betrekking tot een besluit van bestuur en commissarissen. Dit geldt echter evenzeer met betrekking tot zo'n besluit, genomen door aandeelhouders. Dat wordt niet anders, indien bij een of meer van de besluitvormers bijoogmerken bestaan die door persoonlijke belangen of die van derden worden ingegeven, tenzij die bijoogmerken in sterke mate overheersen. In het Rotterdamse geval werd dit niet aangenomen, wel door Rb. Haarlem 6 dec. 1938, NJ 1939, 394 ².

Ook al beschikt de vennootschap over voldoende liquide middelen, dan nog kan een besluit tot storting zeer wel gerechtvaardigd zijn teneinde het onlosbare aansprakelijke kapitaal daadwerkelijk te vergroten en in een bedrijfs-economisch juiste verhouding te brengen ten opzichte van vreemd geld in de vennootschap.

Uitoefening van niet nader in de wet geregelde bevoegdheden

190. Ik wil mij hier tot twee voorbeelden beperken. Zij zouden met vele zijn uit te breiden.

In statuten worden veelal nog bijzondere bevoegdheden voor de algemene vergadering geregeld. Zo treft men wel eens de bepaling aan, dat de overdraagbaarheid van aandelen afhankelijk is van goedkeuring van de algemene vergadering of slechts mogelijk is tegen een door haar vast te stellen koers. Wordt die goedkeuring geweigerd zonder dat de betrokken aandeelhouder de gelegenheid geboden krijgt de aandelen aan bijv. de vennootschap zelf of anderen over te dragen of wordt koersvaststelling geweigerd, dan is het desbetreffende besluit in strijd met de goede trouw en derhalve ongeldig. Aandelen moeten steeds overdraagbaar zijn. Bij zo'n weigering kan de aandeelhouder toch tot vervreemding overgaan. Niet noodzakelijk lijkt het mij, zoals Van der Grinten stelt ³, dat de betrokken aandeelhouder de n.v. eerst moet

1. Hoofdstuk I, paragraaf 1.

2. Beschreven in nr. 168.

3. Handboek, nr. 181. In NV 45, p. 3 lijkt hij hier overigens op te zijn teruggekomen.

doen veroordelen om goedkeuring te verlenen. Door de weigering als onge-rechtvaardigd en dus ongeldig te beschouwen kan immers de voorwaarde voor overdracht – de goedkeuring – impliciet voor vervuld worden gehouden.

Het departement vergt overigens dat, indien voor overdracht de goedkeu-ring van enig orgaan van de vennootschap nodig is, een nadere regeling in de statuten wordt getroffen voor het geval van weigering van dat orgaan ¹. Even-eens vergt het departement een statutaire regeling tot objectieve prijsvaststel-ling voor het geval de overdrachtprijs door enig orgaan moet worden vast-gesteld doch de betrokkene zich met die prijs niet kan verenigen ². De aandeelhouder zal dus ook daarom altijd een mogelijkheid tot overdracht kunnen vinden.

In veel statuten treft men een reeks beperkingen aan op de bevoegdheid van bestuurders. Voor bepaalde bestuurshandelingen moet gewoonlijk de goedkeuring van de algemene vergadering worden verkregen. Wat nu, wan-neer zo'n handeling op een gegeven moment van essentieel belang voor de vennootschap blijkt te zijn doch de algemene vergadering zonder redelijke grond die goedkeuring weigert? Ik zou voor bepaalde omstandigheden de ongeldigheid wegens strijd met de goede trouw van dat weigeringsbesluit wil-len aannemen. De organen dienen zich jegens elkander immers te gedragen naar hetgeen door de goede trouw wordt gevorderd ³. Dit betekent dat in zo'n geval het bestuur de handeling geldig en voor de vennootschap bindend kan verrichten. Ook hier zou kunnen worden verdedigd, dat door de weigering de voorwaarde voor de bevoegdheid tot het stellen van die handeling – de goed-keuring – voor vervuld kan worden gehouden.

B. HET BESLUIT VAN HET BESTUUR EN DE COMMISSARISSEN

Belangenafweging door bestuur en commissarissen

191. Zoals ik reeds heb uiteengezet ⁴ is de plaats en de functie van het be-stuur en de commissarissen wezenlijk anders dan die van de algemene verga-dering van aandeelhouders. Dit brengt met zich mee, dat de belangenbehar-tiging vanuit een andere gezichtshoek dient te worden benaderd. Terwijl de aandeelhouders in de algemene vergadering hun eigen belangen mogen na-streven, zijn het bestuur en de commissarissen gesteld voor de taak op de eerste plaats het vennootschappelijk belang te behartigen, te weten de continue rentabiliteit van het geïnvesteerde kapitaal.

De belangenafweging door bestuur en commissarissen komt neer op het

1. NV 36, p. 147.

2. NV 38, p. 164; NV 43, p. 119.

3. Vergelijk art. 2.1.7b nieuw BW.

4. Hoofdstuk I, paragraaf 2.

stellen van het complex van diverse belangengrootheden tezamen, dus het vennootschappelijk belang, tegenover afzonderlijke belangengrootheden. Hierbij bestaat voor hen echter niet de plicht het vennootschappelijk belang voorrang te geven, want dan wordt in feite afweging afgesneden. Daarom dan ook is onaanvaardbaar hetgeen de Hoge Raad onder meer overweegt in het arrest van 1 april 1949, NJ 1949, 465 inzake de Doetinchemse IJzergieterij: dat evenwel commissarissen, rechten uitoefenende die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook' ¹. Het bezwaar tegen de absolute voorrang die de Hoge Raad in deze overweging aan het vennootschappelijk belang toekent blijkt duidelijk uit enkele voorbeelden.

De vennootschap is in het algemeen gediend met vergroting van het onlosbare kapitaal. Een emissie zonder dat er duidelijk sprake is van kapitaalbehoefte of zonder dat een redelijk rendement is gewaarborgd, waardoor de bestaande aandeelhouders benadeeld kunnen worden, zou licht verdedigbaar zijn met een beroep op het vennootschappelijk belang ². Het belang van de vennootschap is voorts in het algemeen gediend met zelffinanciering, dus door reservering. Regelmatige passering van dividend zou licht verdedigd kunnen worden met een beroep op het vennootschappelijk belang. Indien voorts, met toepassing van blokkeringsclausules, bij voorgenomen vervreemding aandeelhouders hun aandelen aan de vennootschap moeten aanbieden en de waardering van de koers aan commissarissen is opgedragen, kan de vennootschap belang hebben bij een (te) lage koers. Moet het belang van de vennootschap nu voorgaan ten nadele van de aanbiedende aandeelhouder? ³

Het behoeft, lijkt mij, geen nader betoog, dat met het begrip vennootschappelijk belang voorzichtig moet worden omgesprongen. Bestuur en commissarissen moeten zich wel richten op het belang van de vennootschap, dat is hun plicht. Maar dat belang laten prevaleren is daarom bepaald nog niet vereist. Er moet niet teveel en te gemakkelijk geschermd worden met het begrip vennootschappelijk belang om daarmee in feite belangen van aandeelhouders of andere belangengrootheden te schaden.

Bij lezing van het arrest van het Hof Leeuwarden in de zaak van Scholten's Aardappelmeelfabrieken ⁴ rijst de vraag of het hof de leer van de Hoge Raad in de zaak van de Doetinchemse IJzergieterij heeft gevolgd. Op de stelling van de aandeelhouder Scholten, dat het besluit ongeldig was wegens strijd met de

1. Zie kritiek hierop van Van der Grinten, NV 27, p. 121 e.v. en NV 30, p. 85 e.v.; Löwensteyn, diss., p. 238; Macijer, rede, p. 13.

2. Houwing in noot in NJ onder HR 1 april 1949, NJ 1949, 465.

3. Zie over de departementale eis, dat voor zulke gevallen een regeling in de statuten wordt opgenomen om steeds tot objectieve prijsvaststelling te komen, nr. 190.

4. In HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434. Annotaties hierop van G. Scholten in noot in NJ; Slagter in TVVS 7, p. 168; Coebergh in NV 41, p. 191; Wery in NV 43, p. 62; Van der Grinten in *Ars Aequi* XII, p. 224; en A. van Oven in WPNR 4957.

goede trouw omdat aan hem bij emissie van nieuwe aandelen geen voorkeursrecht was verleend, waaromtrent de statuten niets bepaalden, reageerde het hof met de overweging: 'dat derhalve commissarissen en directie vrijheid van beslissing dienaangaande hadden en zich hadden te richten naar het belang der vennootschap, indien dit naar hun oordeel in botsing kwam met dat van oude aandeelhouders ook al waren dit afstammelingen van de oorspronkelijke oprichter, tenzij dat oordeel door geen redelijk mens in overeenstemming met de redelijkheid kan worden geacht, zijnde van dit laatste ten processe niet gebleken'.

Wery meent, dat deze overwegingen duidelijk door het arrest van de Hoge Raad zijn geïnspireerd ¹, evenals A. van Oven ². Het valt echter op, dat het hof uit de overweging van de Hoge Raad weglaat na de woorden 'het belang der vennootschap' de toevoeging 'en dit moeten doen overwegen'. Men mag aannemen, dat dit niet willekeurig is gebeurd en deze betekenis heeft, dat het hof de absolute voorrang die de Hoge Raad aan het vennootschappelijk belang toekent niet heeft willen erkennen. Temeer blijkt dit uit de slotpassage, doordat het hof toetsing aan de objectieve goede trouw toelaat. Daarmee erkent het, dat in ieder geval enige belangenafweging moet plaats vinden. Dat commissarissen en directie zich hebben te richten naar het belang der vennootschap is juist hun taak. De overweging van het hof is dan ook veeleer zo te verstaan, dat commissarissen en directie het belang van de vennootschap in casu hadden af te wegen tegen dat van oude aandeelhouders, doch dat wanneer zij beide belangen even zwaar hadden bevonden zij aan het vennootschappelijk belang voorrang dienden te verlenen. Als dit inderdaad het standpunt van het hof is, ben ik het hier niet mee eens, maar in ieder geval erkent het hof wel dat belangenafweging moet plaats vinden.

Nog duidelijker komt de belangenafweging uit de verf in het arrest van Hof Amsterdam in de zaak R.C.M.A./Van den Bergh ³. Op de stelling van Van den Bergh, houder van winstbewijzen, dat het besluit van directie en commissarissen tot emissie van bonusaandelen inbreuk maakte op de goede trouw, omdat de vergroting van het geplaatste kapitaal het voor houders van winstbewijzen beschikbare winstsaldo (dus na aftrek van een primair dividend) zonder enige compensatie verminderde, reageerde het hof: 'dat bestuur en commissarissen bij afweging van de belangen van de vennootschap zelve en de bij het besluit betrokken aandeelhouders en houders van winstbewijzen zeer zeker tot de beslissing konden komen, dat het belang der vennootschap, dat in deze voorop stond, tot herkapitalisatie moest leiden'.

Het hof noemt hier onderscheiden belangengrootheden die bij de onder-

1. NV 43, p. 67.

2. WPNR 4957.

3. In HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433. Annotaties hierop van Van der Grinten in *Ars Aequi* XII, p. 224 e.v.; A. van Oven in WPNR 4956; Slagter in TVVS 7, p. 189; H. Drion in NV 33, p. 201.

havige besluitvorming in acht dienden te worden genomen. Over absolute voorrang van het vennootschappelijk belang wordt niet gesproken. De overweging kan wellicht worden verstaan in dezelfde zin als die van het Hof Leeuwarden.

Eerst wanneer na afweging de relevante belangen even of praktisch even zwaar blijken, is er van een conflict sprake. Is één belang duidelijk zwaarder, dan kan men in redelijkheid niet van een conflictsituatie spreken; dan gaat zonder meer het zwaarste voor. Blijken de belangengrootheden tegen elkaar op te wegen, dan zie ik niet in waarom, zoals het Hof Leeuwarden doet, aan het vennootschappelijk belang voorrang zou moeten worden gegeven boven het aandeelhoudersbelang. Verdedigbaar lijkt mij, dat in zo'n geval juist het belang van aandeelhouders als dragers van het eigenlijke ondernemersrisico voorop dient te staan.

Principieel blijft er verschil tussen de taak van het bestuur (leiding) en van het commissariaat (overleg, advies, toezicht). Bij de uitoefening van beider taken ligt de belangenbehartiging en dus -afweging echter gelijk. In de praktijk ziet men overigens veelal beide organen op dezelfde terreinen werkzaam, zoals emissie, storting, verwerving van eigen aandelen of intrekking van aandelen, oprichten van dochtervennootschappen of deelnemen in andere vennootschappen, opstelling van de jaarrekening en reservering en bijeenroepen en leiden van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Enkele werkzaamheden zal ik nader bezien.

a. EMISSIE VAN AANDELEN

192. In beginsel geldt hetgeen over het emissiebesluit van de aandeelhouders is gezegd ook voor bestuur en commissariaat, behoudens dan dat de belangenafweging door de eersten vanuit een andere gezichtshoek mag worden gezien dan door de laatsten. De belangen van aandeelhouders en winstgerechtigden zullen licht in conflict komen met het vennootschappelijk belang. Overige belangen kunnen redelijkerwijze niet geschaad worden door een emissie.

Hoe een emissie voor aandeelhouders een aantasting in hun zeggenschapsrechten kan betekenen door verschuiving in de stemmenverhouding, heb ik reeds uiteengezet.¹ Een fraai voorbeeld daarvan heeft de Doetinchemse IJzergieterij gegeven.²

De houder van de meerderheid van aandelen raakte immers zijn meerderheidspositie kwijt door emissie van nieuwe aandelen door commissarissen, in wier handen de beslissing over een emissie statutair was gelegd, aan een ander dan die aandeelhouder, zulks zonder overleg met hem en zonder hem recht van voorkeur te verlenen. Daarbij werd door commis-

1. Nr. 181.

2. HR 1 april 1949, NJ 1949, 465.

sarissen een beroep gedaan op het vennootschappelijk belang, zonder dat daarvoor overigens, in de later gevolgde procedure, zwaarwichtige argumenten werden aangevoerd. De grootaandeelhouder baseerde zijn beroep op ongeldigheid van het emissiebesluit ondermeer hierop, dat vergroting van het kapitaal niet mocht geschieden zonder goedkeuring van aandeelhouders althans zonder tenminste de meerderheidsaandeelhouder een recht van voorkeur te hebben verleend, ook al was dat niet in de statuten bepaald. De Hoge Raad sanctioneerde de emissie echter met de overweging 'dat, indien de statuten bepalen dat commissarissen over de uitgifte van niet geplaatste aandelen beslissen, aan dezen de bevoegdheid is gegeven om de plaatsing der aandelen te bewerkstelligen op de wijze als zij in het belang der vennootschap geraden oordelen, en een dergelijke bepaling ingevolge art. 1374 BW partijen tot wet strekt'.

Nu zegt de Hoge Raad hier wel, dat indien de bevoegdheid tot emissie statutair aan (bestuur of) commissariaat is opgedragen dit orgaan die emissie kan en moet bewerkstelligen zoals zij in het belang van de vennootschap dienstig oordeelt, maar dat neemt niet weg dat dit belang dient te worden afgewogen tegen een toch ontegenzeggelijk groot belang dat een meerderheidsaandeelhouder heeft bij handhaving van zijn meerderheidspositie. Dit arrest was dan ook voor velen – behalve voor Bregstein ¹ – teleurstellend, omdat hierin een bedenkelijke vorm van emissie werd goedgekeurd. Het komt mij voor, dat in het algemeen een emissie buiten de houder van de meerderheid der aandelen om voor ongeldig moet worden gehouden, tenzij daarvoor werkelijk zwaarwichtige argumenten worden aangevoerd, waarvan de bewijslast rust op bestuur of commissariaat, althans het orgaan dat zich op die argumenten beroept.

193. Benadeling van aandeelhouders door aantasting in hun vermogensrechten is onder meer afhankelijk van de koers van de uit te geven aandelen. Ik heb daarover reeds eerder gesproken ². Benadeling werd niet aangenomen door Rb. Amsterdam 9 jan. 1953, NJ 1954, 393.

De aandeelhouder Bonda riep de ongeldigheid van een emissiebesluit van de directie van de N.V. Oostzee en Hillegersberg in, omdat de werkelijke waarde der aandelen aanzienlijk hoger zou liggen dan de uitgiftekoers. Niet werd betwist, dat uitbreiding van kapitaal voor de vennootschap noodzakelijk was. De rechtbank oordeelde, dat van ongeldigheid eerst dan sprake zou zijn wanneer zou komen vast te staan dat het aantrekken van nieuw kapitaal mogelijk zou zijn geweest op belangrijk voordeliger voorwaarden dan was geschied en dat het besluit bovendien zou zijn genomen uit andere motieven of in hoofdzaak andere motieven dan het belang der vennootschap of der gezamenlijke aandeelhouders. Zij stelde Bonda in de gelegenheid een en ander te bewijzen en wees, toen deze daar niet in slaagde, de vordering af.

Bezwaarlijk vind ik in deze overwegingen de koppeling van de beide argumenten: de voordelige voorwaarden én het motief voor de emissie. Wanneer immers blijkt dat het besluit zou zijn genomen uit louter andere motieven dan het belang der vennootschap, is het besluit reeds daarom ongeldig (détourne-

1. Handelingen NJV 1953 II, p. 142.

2. Nr. 182.

ment de pouvoir) en spelen de al dan niet gunstige voorwaarden geen rol meer voor de afweging van belangen. Wel zou eventueel uit die voorwaarden kunnen blijken, dat een ander motief dan het belang der vennootschap de inspiratie voor het besluit is geweest.

Een ander bezwaar tegen de overwegingen van de rechtbank is, dat de aandeelhouder diende te bewijzen dat de emissie op belangrijk voordeliger voorwaarden mogelijk zou zijn geweest. Indien immers aan de bestaande aandeelhouders geen voorkeursrecht wordt verleend, zal de directie, althans het tot de emissie bevoegde orgaan, dienen aan te tonen dat er redenen waren de aandeelhouders te passeren, dus dat een emissie aan aandeelhouders belangrijk onvoordeliger voor de vennootschap zou zijn geweest.

In vennootschappen met veel stille of geheime reserves zal de koers praktisch moeilijk vast te stellen zijn en al vlug te laag liggen. In kleine vennootschappen met grote winsten zal het rendement zelden behoorlijk in de koers kunnen worden verdisconteerd. In grote vennootschappen heeft de koers van de oude aandelen de neiging bij een emissie te dalen, ook indien geldmiddelen in de vennootschap worden gebracht. Bij een emissie van bonusaandelen is daling van de koers van de oude aandelen het logisch gevolg. Dit zijn alle redenen waarom aandeelhouders gewoonlijk een recht van voorkeur krijgen bij uitgifte van nieuwe aandelen. Dit recht is weliswaar niet in de wet erkend, doch naar mijn mening in beginsel verbonden aan het aandeelhouderschap. Emissie raakt immers de grondslag van het samenwerkingsverband, waarop het aandeelhouderschap is gebaseerd. Emissie aan derden met passering van de bestaande aandeelhouders zal daarom als ongeldig moeten worden aangemerkt, tenzij daarvoor een zwaarwichtig argument is aan te voeren. De bewijslast dient daarbij te rusten op het orgaan, dat dit argument bezigt.

194. De mogelijkheid van benadeling van aandeelhouders in hun zeggenschaps- dan wel vermogensrechten door een emissie zou aanzienlijk vermindert worden, wanneer hun in de wet een recht van voorkeur wordt verleend. Of daartoe moet worden overgegaan wordt door sommigen betwijfeld.¹ Een aanzienlijke verbetering in de waarborg voor aandeelhouders zou reeds bereikt zijn wanneer een emissiebesluit slechts door aandeelhouders kan worden genomen, al dan niet slechts onder goedkeuring van commissarissen op voorstel van het bestuur.

Voor deze oplossing is nog onlangs door Van der Grinten gepleit naar aanleiding van enkele gevallen, die recent nogal wat deining hebben veroorzaakt.² In korte tijd werd drie maal door bestuur en/of commissarissen van een Nederlandse n.v. overgegaan tot een emissie met bedenkelijke strekking.

Het eerste geval betrof de Veenendaalsche Stoomspinnerij en Weverij N.V.,

1. Van der Grinten, *Handelingen NJV* 1953 I, p. 77; Bregstein, *Handelingen NJV* 1953 II, p. 142.

2. NV 46, p. 124. Zie ook H. Mulderije, NV 46, p. 165 e.v.

die aandelen emitteerde bij Staflex International Limited. Ik heb hierover reeds uitvoerig gesproken ¹. Het tweede geval betrof Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaart Maatschappij N.V., die aandelen plaatste bij de Steenkolen Handelsvereniging N.V. om een bod van N.V. Veem en enkele buitenlanders op de uitstaande (certificaten van) aandelen te voorkomen. Het derde geval betrof G. Dikkers & Co. N.V., die aandelen uitgaf aan Rasa tegen een koers van 200%, terwijl Crane een bod wilde doen op de bestaande aandelen tegen een koers van 260%. In alle drie de gevallen werd door de emissie bereikt, dat aan de bestaande aandeelhouders een beslissende invloed in de aandeelhoudersvergadering werd ontnomen.

Voorzover mij bekend was in elk dezer gevallen geen duidelijke behoefte aan meer financiële middelen aanwezig, doch ging het er veeleer om machtsuitoefening van de (meerderheid der) aandeelhouders te voorkomen. Een dergelijke strekking maakt een emissie door bestuur en/of commissarissen reeds aanstonds ongeldig wegens détournement de pouvoir ². Maar ook indien nu wél behoefte aan meer financiële middelen had bestaan, zou de emissie in alle drie de gevallen bedenkelijk zijn geweest. Voorzover aan de hand van de beschikbare gegevens is te beoordelen, komt het mij voor, dat dan te lichtvaardig aan het aandeelhoudersbelang is voorbij gegaan. Immers, in het geval van de Veenendaalsche werden de aandeelhouders beknot in hun rechten om te beslissen over ontslag van een bestuurder; in het geval van Van Nievelt Goudriaan werd de aandeelhouders de mogelijkheid ontnomen zelf te beslissen of de vennootschap een Nederlands karakter zou behouden; en in het geval van Dikkers ontging de aandeelhouders een bod van 260% op hun aandelen. En dit telkens omdat de aandeelhouders buiten hun weten in de minderheid werden geplaatst. Ten aanzien van de emissie van Dikkers oordeelde de president van de Rb. Almelo bij vonnis van 1 nov. 1968 ³ in kort geding echter anders. Hij was van mening, dat het belang van de vennootschap emissie bij Rasa met passering van de bestaande aandeelhouders toeliet.

Het nieuwe Duitse Aktiengesetz heeft de bevoegdheid tot emissie bij de algemene vergadering van aandeelhouders gelegd ⁴. In *De hervorming van de onderneming* wordt er voor gepleit de beslissing bij de aandeelhouders te laten, doch alleen op voorstel en initiatief van commissarissen ⁵. Ook *Open Ondernemerschap* wil de beslissing over emissie in beginsel bij de aandeelhoudersvergadering laten, doch met de mogelijkheid in de statuten een andere regeling te treffen ⁶. De commissie-Verdam tenslotte stelt voor om de emissie in vennootschappen, welker aandelen ter beurse zijn genoteerd, alsmede in besloten vennootschappen die daarmee in concernverband staan, art. 50f, te

1. Nr. 40.

2. Nr. 39.

3. Niet gepubliceerd.

4. Art. 119.

5. Rapport, p. 158-159.

6. Rapport, p. 242-243.

binden aan een voorstel of aan goedkeuring van commissarissen, art. 50j, zonder zich echter uit te spreken over de vraag of tot de emissie overigens door de aandeelhouders moet worden beslist ¹. Een beslissing van de aandeelhoudersvergadering, eventueel slechts op voorstel van of met goedkeuring van directie of commissarissen, lijkt mij de minimale waarborg voor de belangen van aandeelhouders bij emissie. Een emissie kan zólk een wijziging meebrengen in de vennootschappelijke grondslag, dat tenminste de deelhebbers aan die grondslag ook daarover moeten meebeslissen ².

Men hoort wel eens beweren, dat door de leiding gewenste mogelijkheden tot fusie, jointventures en andere vormen van samengaan worden verkleind wanneer de beslissing over emissie bij de aandeelhouders ligt. Zulke argumenten spelen bij emissie buiten de aandeelhouders om dan ook nogal eens een rol. Met name was dat het geval bij Dijkers. Ik zou niet durven stellen, dat de praktijk duidelijke voorbeelden van vermindering van kansen heeft opgeleverd. Persoonlijk komt het mij trouwens ook juist voor, dat zulke beslissingen als die over fusie bij de aandeelhouders berusten.

De praktijkgevallen van de laatste tijd hebben dan ook de vraag doen rijzen, of moet worden gekomen tot het opstellen van een gedragscode bij fusies. Sanders heeft daarover enige gedachten ontwikkeld ³. Het zou te ver voeren daar thans op in te gaan. Ik zou wel denken, dat een plicht tot tijdige raadpleging van de aandeelhouders een van de eerste regels dient te zijn.

195. In hoeverre het belang van winstgerechtigden bij een emissie een rol kan spelen heb ik ook reeds uiteengezet ⁴. Hierbij is ondermeer te denken aan verkleining van het winstsaldo na uitkering van een primair dividend, indien nieuwe aandelen uit reserves worden geëmitteerd, en aan verkleining van het aandeel in het liquidatiesaldo door het grotere aantal aandelen. Ik heb er daarbij op gewezen, dat in de praktijk de omstandigheden zelden voldoende gunstig zijn voor winstgerechtigden om met succes de ongeldigheid van een besluit, waardoor zij zich in hun belangen voelen aangetast, waar te maken.

De moeilijkheid hierbij is vooral gelegen in de vraag wat onder winst moet worden verstaan. In hoofdstuk IV paragraaf 3 ben ik tot de conclusie gekomen, dat er praktisch slechts één mogelijkheid is om tot bepaling van de winst te komen, te weten als winst aan te nemen het batig saldo van de winsten-verliesrekening zoals dat door de algemene vergadering wordt vastgesteld.

Wanneer nu uit de reserves aan aandeelhouders een gedeelte, dat niet als gereserveerde winst kan worden beschouwd, wordt uitgekeerd in de vorm van bonusaandelen (herkapitalisatie), worden winstgerechtigden niet benadeeld.

1. Rapport, p. 116-117.

2. Van der Grinten, *Handelingen NJV* 1953 I, p. 78.

3. *NV* 46, p. 125 e.v. Zie ook F. W. C. Blom, *NV* 46, p. 135 e.v.

4. Nr. 183.

Dat deel kwam hun immers in ieder geval niet toe. Dat daarna over die bonusaandelen een – mits statutair geregeld – primair dividend wordt toegekend, mag niet onredelijk worden genoemd, te meer nu herkapitalisatie gewoonlijk tot een koersdaling van de reeds uitstaande aandelen leidt, waardoor de aandeelhouders geen of nauwelijks profijt van de emissie ondervinden. Worden bonusaandelen echter geëmitteerd uit gereserveerde winst, dan kunnen de belangen van winstgerechtigden in het gedrang komen. De vraag in hoeverre bij een besluit tot herkapitalisatie de belangen van winstgerechtigden moeten worden ontzien, hangt dan van velerlei factoren af, zoals de voor de verhouding tussen aandeelhouders en houders van winstbewijzen met betrekking tot hun aandelen in winst en liquidatiesaldo oorspronkelijk gekozen opzet, de ontwikkeling van die verhouding en de herkomst van de reserves waardoor de bij de herkapitalisatie uitgegeven bonusaandelen zijn gedekt. Zie HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.M.A./Van den Bergh ¹.

Een besluit van bestuur en commissarissen tot herkapitalisatie wordt veel-
eer bepaald door bedrijfseconomische dan door juridische argumenten. Dit betekent, dat aan deze organen op dit punt wel een zekere mate van vrijheid in de bepaling van het beleid moet worden gelaten, maar begrensd door normen van goede trouw ².

b. STORTING OP AANDELEN

196. Een besluit tot het vorderen van storting heeft naar zijn aard de strekking om de vennootschap meer liquide te maken. Dat kan nodig zijn om aan verplichtingen te voldoen, maar ook ingegeven zijn door het streven meer winst te behalen. Beide motieven zijn gerechtvaardigd. Het bestuur heeft er immers voor te waken, dat de n.v. aan haar verplichtingen voldoet, maar heeft evenzeer tot taak de winst te bevorderen. Tegen storting in het eerste geval zal een aandeelhouder gewoonlijk geen bezwaar kunnen maken. In het tweede geval echter wel, wanneer redelijkerwijze geen rendement of geen behoorlijk rendement is te verwachten.

Geen rol speelt op zichzelf, of het bestuur in de voorgaande jaren de belangen van de vennootschap niet naar behoren heeft behartigd. Ook niet, of bij een of meer van de besluitvormers niet-overwegende bijoogmerken bestaan, welke door persoonlijke belangen of die van derden worden ingegeven en waardoor op den duur de belangen der vennootschap en haar aandeelhouders niet zouden zijn gediend. De aandeelhoudersvergadering zou later immers altijd nog kunnen optreden, aldus Rb. Rotterdam 16 juni 1933, W 12667.³

1. Zie ook nr. 183.

2. A. van Oven, WPNR 4956.

3. Zie ook nr. 189.

Bij praktisch elk besluit zullen wel bijoogmerken bestaan, die worden ingegeven door andere belangen dan die welke het betreffende orgaan heeft te behartigen. Het bestuur, dat zich inzet voor de belangen van de vennootschap, behartigt tevens eigen belang (aanzien, persoonlijke bevrediging, waarborging van inkomen). De commissaris evenzeer. Van belang is echter dat deze bijoogmerken essentieel ondergeschikt dienen te blijven. Of door die bijoogmerken terstond dan wel eerst op den duur de belangen van de vennootschap niet worden gediend, zoals de Rotterdamse rechtbank overweegt, doet niet terzake. Het komt er slechts op aan of die bijoogmerken een overheersende rol hebben gespeeld. Is dat het geval, dan is het besluit reeds daarom ongeldig. Is dat niet het geval, dan rijst eerst de vraag of de relevante belangen juist zijn afgewogen. Het belang van de aandeelhouders is daarbij de redelijke verwachting van een behoorlijk rendement.

197. Indien voor het besluit tot storting in de statuten een voorstel van een ander orgaan is voorgeschreven, is het besluit niet zonder meer ongeldig wanneer hogere stortingen worden bepaald dan het voorstel van bedoeld orgaan inhoudt. De strekking van een dergelijke bepaling kan veeleer gezien worden als een verplichting tot overleg. Geldig werd dan ook geacht een besluit van commissarissen tot storting van 50%, alhoewel het bestuur slechts circa 30% voorstelde; HR 22 april 1927, NJ 1927, 761. Van strijd met de goede trouw zou onder omstandigheden wel kunnen worden gesproken, wanneer commissarissen zover van het voorstel van het bestuur, naar boven of naar beneden, waren afgeweken dat van een zinvol overleg niet kon worden gesproken. Het bestuur is echter verplicht haar voorstel te goeder trouw in het belang van de vennootschap te doen en de commissarissen zijn gerechtigd, zelfs verplicht, van dat voorstel af te wijken indien zij dit niet overeenkomstig de belangen van de vennootschap achten.

198. De vordering tot storting is vatbaar voor overdracht¹. Anders dan de Rb. Amsterdam 18 nov. 1929, NJ 1929, 1705 meende, onderscheidt zij zich echter van andere vorderingen van de vennootschap. Op haar is immers onder meer art. 38a K van toepassing, terwijl van het vorderingsrecht geen gebruik zal kunnen worden gemaakt door de verkrijger alvorens een daartoe strekkend besluit door het bevoegde orgaan van de vennootschap is genomen. Voor dit besluit gelden precies dezelfde eisen alsof de vordering de vennootschap nog toekwam; het zal dus met name eerst geldig kunnen worden genomen, wanneer de vennootschap meer liquiditeiten behoeft. Dat is ook redelijk, anders zou de betrokken aandeelhouder door de overdracht in een ongunstiger positie komen te verkeren. Praktisch zal overdracht van een vordering tot storting dan ook eerst zinvol zijn, nadat een besluit tot storting is genomen. In het hiervoor genoemde Amsterdamse geval achtte de recht-

1. Handboek, nr. 167.

bank zo'n besluit zelfs ná overdracht nog niet eens nodig, mijns inziens echter ten onrechte.

199. Op grond van het gelijkheidsbeginsel, neergelegd in art. 39d K, en overigens van de goede trouw zal moeten worden aangenomen, dat storting slechts van alle houders van niet-volgestorte aandelen gelijkelijk kan worden gevorderd, uiteraard behoudens andersluidende statutaire regeling¹.

C. OPRICHTEN VAN DOCHTERRECHTSPERSONEN; DEELNEMINGEN

200. Als bezwaar tegen dochterrechtspersonen heb ik aangevoerd², dat de individuele aandeelhouders in de moederverenootschap de mogelijkheden ontberen om met hun typisch vennoetschappelijke rechten een rol te spelen met betrekking tot de gang van zaken in de dochterrechtspersoon. Deze beperking van de aandeelhoudersrechten dient te worden afgewogen tegen het met de oprichting nagestreefde belang. Spreiding van risico en het behalen van fiscale voordelen kunnen voldoende motieven zijn.

Het oprichten van dochterrechtspersonen kan tot gevolg hebben, dat voordelen van de moederverenootschap naar de dochterrechtspersoon worden overgeheveld. Te denken is hier aan voordelige transacties, die voorheen op naam van de moeder-n.v. werden afgesloten doch thans op naam van de dochter worden aangegaan. Of omgekeerd nadelige transacties van de dochter, die door de moeder worden overgenomen. Indien de dochterrechtspersoon geen 100%-dochter is, zouden de overige aandeelhouders van de dochter ongerechtvaardigd kunnen worden verrijkt ten koste van de aandeelhouders in de moederverenootschap, haar winstgerechtigden, werknemers, crediteuren en de moederverenootschap zelf. Voor de winstgerechtigden kan er dit nadeel evenzeer zijn wanneer het om een 100%-dochter gaat. Een besluit tot oprichting van een dochter zal ongeldig zijn, wanneer het genoemde gevolg met redelijke zekerheid is aan te nemen. De mogelijkheid van nadeel is zonder meer nog geen grond voor ongeldigheid.

Is geen aanwijsbaar belang aanwezig, dan lijkt mij het oprichten van een dochterrechtspersoon ongeldig. Ook een minderheidsdeelneming zal slechts geldig zijn, wanneer een aanwijsbaar belang voor de vennoetschap wordt gediend. Maatstaf zal hierbij dienen te zijn, of de voor de deelneming benodigde middelen meer rendement opleveren dan bij andere aanwending. Aandeelhouders, winstgerechtigden, werknemers en crediteuren kunnen allen hierop een beroep doen.

1. Dorhout Mees, Statuten van naamloze vennoetschappen, 1933, p. 70.

2. Nr. 78.

d. OPSTELLEN VAN DE JAARREKENING

201. Het opstellen van de jaarrekening is een rechtshandeling van het bestuur, die bij besluit plaats vindt. Evenals andere besluiten kan ook dit besluit ongeldig zijn. Wanneer de stukken niet voldoen aan redelijkerwijs te stellen eisen van verantwoording, geen behoorlijk inzicht verschaffen in de grootte en de samenstelling van het vermogen, in de liquiditeit of de rentabiliteit, is het besluit van het bestuur ongeldig. Of deze ongeldigheid in een bepaald geval ook ten aanzien van alle belangengrootheden bestaat, is een andere vraag. Aandeelhouders mogen hogere eisen stellen dan bijv. obligatiehouders.

Heeft een beroep op ongeldigheid van zo'n bestuursbesluit nu praktisch nut? Voor aandeelhouders, zo zou men kunnen redeneren, bestaat toch in de algemene vergadering de gelegenheid om nadere toelichting te vragen en zodoende de jaarstukken niet goed te keuren. Voorts hebben zij het enquêterecht van de art. 53 t/m 54c K. Tenslotte kan een aandeelhouder de ongeldigheid van het besluit van de algemene vergadering tot goedkeuring van de jaarstukken inroepen, welke mogelijkheid overigens ook voor anderen openstaat.

Dit alles is wel waar. Maar van een redelijke toelichting in een aandeelhoudersvergadering komt praktisch zelden iets terecht. Het bestuur zal daar gewoonlijk niet makkelijk gefundeerd die toelichting kunnen verschaffen en de aandeelhouders zullen daar gewoonlijk niet makkelijk gefundeerd die toelichting kunnen beoordelen. Voor uitoefening van het enquêterecht is de medewerking van 20% van het geplaatst kapitaal nodig, tenzij de statuten een ander percentage regelen, hetgeen vooral bij vennootschappen van enige omvang wel steeds op een onoverkomelijk bezwaar zal stuiten. Voor het inroepen van ongeldigheid van het goedkeuringsbesluit geldt de moeilijkheid, dat de beslissing daarover wel eens jaren na het desbetreffende verslagjaar kan vallen. En hoe te oordelen, wanneer het bestuur de aandeelhouders onjuiste of onvolledige jaarstukken voorlegt en de aandeelhoudersvergadering dit niet ziet terwijl er haar, volgens normen van objectieve goede trouw, ook geen verwijt van is te maken dat zij geen nader onderzoek instelt? De individuele aandeelhouder zou dan wel de ongeldigheid van zijn stem kunnen inroepen op grond van dwaling, doch daarmee is het aandeelhoudersbesluit nog niet zonder meer ongeldig verklaard. Wanneer men een beroep op ongeldigheid van het aandeelhoudersbesluit aanvaardt op grond van dwaling van de vergadering¹, zou het wellicht anders liggen.

Het bestuursbesluit waarbij de jaarstukken zijn opgesteld kan echter ook rechtstreeks, en zelfs nog voordat de jaarstukken in de algemene vergadering zijn behandeld, worden aangetast ter voorkoming van onjuiste voorlichting aan de aandeelhouders. Praktisch effect zal deze aantasting waarschijnlijk alleen hebben wanneer dit bij kort geding gebeurt. In dit kort geding kan dan door een aandeelhouder of andere belanghebbende van het bestuur worden

1. Zie hierover paragraaf 3 van dit hoofdstuk, speciaal nr. 216.

gevorderd, dat het de jaarrekening c.q. de toelichting daarop dan wel het jaarverslag wijzigt of aanvult ter behoorlijke voorlichting aan en besluitvorming door de aandeelhouders. Niet alleen het belang van aandeelhouders, doch ook van derden kan zulks vergen. Winstgerechtigden bijv. hebben er immers belang bij, dat de winst naar waarheid wordt vastgesteld; obligatiehouders, dat de vermogenspositie niet wordt gecamoufleerd. Als de door het Ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen¹ voorgestelde ondernemingskamer bij het gerechtshof te Amsterdam werkelijkheid wordt, zou het kort geding daar kunnen worden gevoerd² in verband met de specialisatie die van dit rechterlijk college mag worden verwacht.

Natuurlijk heeft men niet alleen de mogelijkheid van aantasting van het bestuursbesluit bij kort geding. Ook al gaat men er van uit, dat de bevoegdheid van het bestuur zich niet verder uitstrekt dan tot het formuleren van een voorstel, bij het opstellen van de stukken om tot dat voorstel te komen gaat het bestuur toch zelfstandig te werk. Het resultaat hiervan – het besluit – moet voldoen aan eisen van objectieve goede trouw. Ook voor de gewone rechter kan de ongeldigheid van dit besluit worden ingeroepen.

202. Alhoewel formeel de vaststelling van de jaarrekening door de aandeelhouders gebeurt en het opstellen door het bestuur – eventueel met de commissarissen – slechts het karakter van een voorstel heeft, ligt in de praktijk het zwaartepunt toch veelal bij het laatste. Vaststelling van winst als batig saldo van de winst- en verliesrekening blijft in verband met afschrijvingen, voorzieningen en voor reservering benodigde overige middelen in hoge mate afhankelijk van het inzicht van deskundigen. Daar vooral bestuur en commissarissen in dit opzicht deskundig zijn, zal dus in sterke mate op hun oordeel moeten worden afgestaan. Reservering van voor uitkering vatbare winst kan bovendien statutair krachtens art. 42d K aan hen worden overgelaten. In beide gevallen is het gevaar voor willekeur niet irreëel.

Van dit gevaar getuigt de zaak Unipart/Rotterdamse Droogdok Maatschappij, door de Hoge Raad beslecht op 27 jan. 1956, NJ 1956, 48.

S.A. Union de Participations Bénéficiaires (Unipart) was houdster van 28 aan toonder gestelde oprichtersbewijzen, die de N.V. Rotterdamse Droogdok Maatschappij (R.D.M.) bij haar oprichting had uitgegeven. Deze oprichtersbewijzen gaven recht op een aandeel in de statutair omschreven overwinst en in een eventueel liquidatiesaldo. Unipart meende nu dat R.D.M. enerzijds te hoge afschrijvingen hanteerde en anderzijds te hoge bedragen – in casu f 15 500 000 over drie jaren – opvoerde als reserveringen, welke volgens haar in wezen winst vormden, van welke winst zij haar part op de oprichtersbewijzen had moeten ontvangen. De procedure concentreeerde zich hoofdzakelijk op de vraag of, en zo ja in hoeverre, Unipart terzake van wat als reservering kon en mocht worden aangemerkt, was gebonden aan het opstellen van de jaarrekening door het bestuur c.q. vaststelling daarvan door de algemene vergadering van aandeelhouders.

1. Nr. 84.

2. Dit betekent dan een wijziging van de huidige regeling van de relatieve competentie van de rechter.

Hof 's-Gravenhage¹ achtte het bestuur krachtens de algemene beheersbevoegdheid aangewezen tot zelfstandige bepaling van de financieringspolitiek in het belang van de n.v. en mitsdien tot bepaling van reserveringen, behoudens dan dat deze bevoegdheid 'haar evenwel geen vrijbrief geeft om ten deze te handelen gelijk haar goeddunkt' en de uitoefening van deze bevoegdheid was onderworpen aan eisen van goede trouw. Het hof overwoog voorts, dat de besluiten om f 15 500 000 als reserveringen op te voeren 'met het oog op de wens om een sterk door de wereldoorlog gehavend bedrijf zo snel mogelijk op te bouwen en in staat te stellen met succes het hoofd te bieden aan concurrentie met andere soortgelijke ondernemingen' niet strijdig waren met de goede trouw. Het is niet geheel duidelijk, of het hof hier het bestuur tot vaststelling van reserveringen bevoegd heeft geacht, in dier voege dat de algemene vergadering daaraan is gebonden. Op z'n minst liet het hof hierover twijfel bestaan door er aan toe te voegen 'een financieringspolitiek, die ook telkens door de algemene vergadering van aandeelhouders van de Rotterdamse Droogdok Maatschappij is goedgekeurd'.

Wel duidelijk is, dat het hof het belang van de vennootschap in sterke mate heeft laten prevaleren boven andere belangengrootheden, met name dat van winstgerechtigden. En voorts, dat de geleidelijke machtsverschuiving van de aandeelhouders naar het bestuur, bepaaldelijk voor wat betreft de bevoegdheid om naar eigen inzicht een politiek van zelffinanciering te voeren, ook al wordt daarbij langdurig aan het directe geldelijke belang van aandeelhouders of winstgerechtigden tekort gedaan, door het arrest in sterke mate wordt gesteund. Zij, de aandeelhouders en winstgerechtigden, zijn bij een opvatting als van het hof omtrent de bevoegdheid van het bestuur in sterke mate overgeleverd aan het persoonlijk oordeel van dat bestuur. Slechts wanneer zij aannemelijk kunnen maken, dat hun belangen zodanig door de politiek van zelffinanciering ten achter zijn gesteld bij het vennootschappelijk belang dat geen redelijk handelend bestuur c.q. vennootschap aldus te werk zou gaan, kan hun beroep op strijd met de goede trouw succes hebben. Dat zal in het algemeen eerst het geval zijn, wanneer kan worden aangetoond dat bepaalde reserveringen op geen enkele manier bedrijfseconomisch verantwoord zijn. Dat zal waarlijk niet eenvoudig zijn, de praktijk biedt van succesvolle pogingen daartoe hoegenaamd geen voorbeeld². Terecht heeft H. Drion dan ook bedenkingen hiertegen geuit³. De Hoge Raad bevestigde het arrest op 27 jan. 1956, NJ 1956, 48.

203. Voorzover de beslissing omtrent de mate van reservering aan bestuur en/of commissarissen komt, blijft voor aandeelhouders en winstgerechtigden het gevaar bestaan van willekeur, van een té zeer laten prevaleren van het vennootschappelijk belang. En voorzover die beslissing bij de aandeelhouders berust, blijft dat gevaar voor winstgerechtigden bestaan. Aan deze bezwaren

1. 2 maart 1955, NJ 1955, 426.

2. De enige mij bekende uitspraak is Rb. Utrecht 15 mei 1953, NJ 1954, 337, alhoewel de betrokken n.v. zelf over voorzieningen sprak. Dit vonnis is nader beschreven in nr. 164.

3. NV 33, p. 208. Zie ook Van der Grinten, *Ars Aequi* XII, p. 227 e.v. n.a.v. HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433 inzake R.C.M.A./Van den Bergh.

zou voor een belangrijk deel worden tegemoetgekomen door de omvang van de reserveringen te binden aan een plafond, waarbij dan tevens de moeilijkheid van het onderscheid tussen enerzijds de voor inhouding benodigde middelen (post op de winst- en verliesrekening) en anderzijds de reserveringen van voor uitkering vatbare winst wordt vermeden. Het nieuwe Duitse Aktien-gesetz kent een regeling in die geest, alhoewel naar mijn mening beslist nog geen feilloze.

Het bestuur en de commissarissen, van wie laatstgenoemden de jaarrekening opstellen behoudens in twee gevallen ¹, kunnen hoogstens de helft van de jaarwinst reserveren. De statuten kunnen bestuur en commissarissen weliswaar machtigen tot hogere reserveringen, maar deze bevoegdheid houdt op zodra de zogenaamde vrije reserves de helft van het geplaatste kapitaal bereiken; dan geldt weer de beperking tot de helft van de winst. De algemene vergadering van aandeelhouders blijft daarnaast vrij om meer van de winst te reserveren. Behalve vrije kent men verplichte reserves, waaraan 5% van de jaarwinst moet worden besteed totdat deze reserve 10% van het geplaatste kapitaal belooft. Deze verplichte reserve is voor bepaald aangewezen doeleinden bestemd. Op de balans moeten de vrije en verplichte reserves afzonderlijk worden vermeld ².

Deze regeling brengt met betrekking tot de reservering een beperking aan op de bevoegdheid van de leiding ten gunste van de kapitaalverschaffers. Zij wil een dam opwerpen tegen een overtrokken politiek van zelffinanciering. De regeling is echter niet waterdicht. Naast deze reservering kent men namelijk nog Rückstellungen voor o.a. 'Ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste', die wij gewoonlijk onder de voorzieningen rekenen. Nu de vaststelling van deze Rückstellungen aan de leiding is toegekend, kan deze de eisen voor het veiligstellen van de structurele positie en dus de handhaving van de continuïteit van de vennootschap reeds in deze Rückstellungen verdisconteren. Wanneer zij daarna nog eens uit de winst, die dan dus in feite geheel voor uitkering vatbaar is, reserveert, laat zij die eisen dubbel gelden ³.

Alhoewel de uitwerking van de regeling te wensen overlaat, is de aanzet goed. Mij lijkt een dergelijke regeling wel verkieslijk, mits daarbij de voorzieningen en reserveringen tezamen aan een plafond worden gebonden en het vaststellen van de jaarrekening tot de competentie van de algemene vergadering van aandeelhouders blijft behoren.

In het ontwerp voor een statuut van een Europese naamloze vennootschap ⁴ besteedt Sanders speciaal aandacht aan de reservering. Indien het bestuur en de raad van commissarissen de jaarrekening vaststellen, kunnen zij een deel

1. Te weten, wanneer bestuur en commissarissen gezamenlijk besluiten om de vaststelling aan de aandeelhoudersvergadering over te laten of wanneer de commissarissen hun goedkeuring aan de stukken onthouden.

2. Art. 150 en 151.

3. Slot, rede, p. 20.

4. Nr. 12.

van de winst, doch niet meer dan tweederde, voor reserve bestemmen. Indien zij geen overeenstemming bereiken over het bedrag van de winst of de bestemming daarvan, beslist de algemene vergadering over de bestemming van de totale winst. Indien zij wel overeenstemming bereiken, beslist de algemene vergadering over de bestemming van de resterende winst. Uitgangspunt is, dat bestuur en commissarissen de jaarrekening vaststellen. Slechts wanneer zij geen overeenstemming bereiken komt de vaststelling aan de aandeelhouders, tenzij de onenigheid uitsluitend betrekking heeft op de bestemming van de winst.¹

Aangezien in de praktijk winstbestemming tot andere doeleinden dan zelf-financiering zelden tot problemen heeft geleid, meen ik daar verder aan voorbij te kunnen gaan. Wil men het mogelijk maken, dat door de algemene vergadering een gedeelte van de winst aan anderen dan aandeelhouders wordt toegekend, dan moet daarvoor een voorziening in de statuten zijn opgenomen, aldus de departementale richtlijnen ad art. 42d K.

e. SCHORSING VAN BESTUURDERS

204. Commissarissen zijn, behoudens andersluidende statutaire regeling², bevoegd bestuurders te schorsen, art. 51a lid 1 K. Hetgeen omtrent schorsing van een bestuurder door de algemene vergadering is gezegd geldt ook hier, met dien verstande dat commissarissen zich hebben te richten op het vennootschappelijk belang, terwijl aandeelhouders primair hun eigen belang mogen nastreven.

Ook al is de bestuurder op zichzelf een deskundig man, dan nog is schorsing niet in strijd met de goede trouw wanneer de bestuurder in het vennootschappelijk geheel een storende factor blijkt te zijn of te worden. Wel is voor de geldigheid van schorsing door commissarissen noodzakelijk dat er een redelijk argument is. Dit in tegenstelling tot de aandeelhouders, die voor schorsing (en ontslag) van een bestuurder geen bijzonder argument behoeven; zij zijn vrij om bestuurders te schorsen en te ontslaan, mits zij geen belangen schaden die zij behoren te ontzien. Het staat de rechter niet vrij te beslissen, dat het oordeel van commissarissen te streng is geweest, zolang van strijd met de goede trouw geen sprake is, Rb. Rotterdam 8 sept. 1936, NJ 1937, 783. Blijkt van die strijd wel sprake te zijn, dan kan het schorsingsbesluit tevens een onrechtmatige daad ten opzichte van de bestuurder inhouden, HR 22 dec. 1961, NJ 1962, 43.

Benoeming, schorsing en ontslag van ten hoogste eenderde van het aantal

1. Art. VI-6-1 resp. VI-5-1 resp. VI-5-2.

2. Ktr. 's-Gravenhage 9 aug. 1967, NJ 1968, 68: Nu in casu in de statuten de regeling van de schorsing van een bestuurder door de algemene vergadering nader is uitgewerkt zonder de bevoegdheid van de commissaris ex art. 51a K uitdrukkelijk uit te sluiten, blijft de commissaris tot schorsing bevoegd.

commissarissen zou, mits statutair geregeld, krachtens art. 50c en 50d K ook door het bestuur mogelijk zijn. Het departement staat een dergelijke regeling echter niet toe; zie de richtlijnen ad art. 50c K. Wel blijft het mogelijk, dat de zittende commissarissen zelf dat recht krijgen. Te denken is, dat dat recht wordt gebruikt om besluitvorming mogelijk te maken wanneer de zittende commissarissen even in aantal zijn.

f. ANDERE BEVOEGDHEDEN

205. Hiervoor zijn slechts enkele belangrijke bevoegdheden van bestuur en commissarissen behandeld. Het is niet doenlijk alle bevoegdheden aan een nader onderzoek te onderwerpen, zodat ik er vele onbesproken zal moeten laten. Te denken is hierbij aan bestuursbevoegdheden zoals het uitvoeren van besluiten van andere organen, het aanvragen van surséance van betaling of het doen van aangifte tot faillietverklaring. En aan commissarissenbevoegdheden als het doen van voordrachten voor benoeming van bestuurders, het verlenen van goedkeuring aan overdracht van aandelen, het beslissen over geschillen binnen het bestuur of het benoemen van een deskundige. Hetgeen over de uitoefening van bestuurs- en commissarissenbevoegdheden in het algemeen is gezegd, geldt in beginsel voor al hun bevoegdheden. In beginsel, niet altijd. Wanneer bijv. aan commissarissen is opgedragen de prijs van ter overneming aangeboden aandelen te taxeren ¹ of geschillen te beslechten, zal het vennootschappelijk belang niet zwaarder mogen wegen dan dat van de aandeelhouder of andere betrokkene.

C. HET BESLUIT VAN ANDERE ORGANEN

206. De eisen van goede trouw, die aan hun besluiten kunnen worden gesteld, zijn afhankelijk van de personen waaruit die organen zijn samengesteld. Indien aandeelhouders in hun hoedanigheid van die organen deel uitmaken, mogen zij ook als aandeelhouders hun stem uitbrengen, derhalve vanuit hun visie op de belangenafweging met het recht hun belang primair te stellen. Voor bestuurders of commissarissen, die in hun hoedanigheid van andere organen deel uitmaken, geldt ook dan dat zij zich hebben te richten op het vennootschappelijk belang.

Hoe van anderen in deze organen de visie op de belangenafweging moet zijn, zal van de omstandigheden afhangen. Indien het een orgaan met een dienende functie betreft, zal in het algemeen gelden dat het handelen op het vennootschappelijk belang moet zijn afgestemd. Ten aanzien van andere

1. Zie over de departementale eis, dat voor zulke gevallen een regeling in de statuten wordt opgenomen om steeds tot objectieve prijsvaststelling te komen, nr. 190.

organen kan dat niet zonder meer worden gezegd. Verdedigd zou wellicht kunnen worden, dat bijv. de minister van economische zaken met betrekking tot zijn bevoegdheid een regeringscommissaris van Hoogovens te benoemen ¹ daarbij tevens het algemeen belang van de Nederlandse gemeenschap dient te behartigen. Bij twijfel zal echter het vennootschappelijk belang moeten worden nagestreefd, doch dit niet zozeer uit beginsel maar veeleer bij gebrek aan een duidelijk alternatief.

§ 3 WIJZE VAN TOTSTANDKOMEN VAN HET BESLUIT IN STRIJD MET DE GOEDE TROUW WEGENS EEN GEBREK IN DE STEM

207. Zoals ik in hoofdstuk II paragraaf 1 heb uiteengezet is voor een geldige wijze van totstandkomen van een besluit onder meer vereist, dat het wordt genomen met een voldoende aantal geldige stemmen. Een stem kan ongeldig zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden, met een wettelijk voorschrift, met de statuten dan wel met de goede trouw. Thans zal ik enige mogelijkheden nagaan van ongeldigheid van stem wegens strijd met de goede trouw. Deze zullen vooral betrekking hebben op aandeelhouders, doch gelden in beginsel ook voor bestuurders, commissarissen of leden van enig ander orgaan.

Toekenning van een recht of ontslag van een verplichting

208. Krachtens art. 44c K kunnen, tenzij de statuten anders bepalen, geen geldige stemmen worden uitgebracht voor aandelen van hen, die uit anderen hoofde dan als aandeelhouders door het te nemen besluit een recht jegens de vennootschap krijgen of van een verplichting jegens haar worden ontslagen. Geldt dit nu ook voor een aandeelhouder die niet direct als natuurlijk persoon daarbij is betrokken, maar indirect als enig of grootaandeelhouder van of anderszins in belangrijke mate geïnteresseerde in een (andere) naamloze vennootschap?

Art. 44c K beperkt het stemrecht en moet daarom reeds eng worden uitgelegd. Het artikel spreekt bovendien niet van belang, maar van recht en verplichting. Uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat welbewust het ruime begrip belang is verlaten en voor een beperkte omschrijving is gekozen. Art. 75 van het ontwerp 1890 van de staatscommissie ² bepaalde, dat voor aandelen van bestuurders en commissarissen geen stem mocht worden uitgebracht, 'wanneer het zaken geldt waarbij zij in die hoedanigheid persoonlijk belang hebben'. In de memorie van toelichting bij het ontwerp 1910 werd het begrip belang te

1. Nr. 16.

2. Zie noot 1 op p. 203.

ruim geoordeeld, maar werd anderzijds de bepaling ook voor aandeelhouders, mits in beperkte versie, nodig geoordeeld ¹. Men zou er daarom wellicht toe komen te menen, dat de bovengestelde vraag ontkennend moet worden beantwoord ². En dit te meer, omdat het artikel in de praktijk veeleer als 'n last en als overbodig wordt beschouwd en in statuten dan ook dikwijls terzijde wordt gesteld. Bovendien komt de bepaling in het nieuwe BW niet voor, maar wordt de mogelijkheid geopend in de statuten een dergelijk voorschrift op te nemen, art. 2.3.4.13.

Toch meen ik dat, wanneer niet van het artikel in de statuten is afgeweken, de vraag in het algemeen bevestigend dient te worden beantwoord. De bepaling moet als uitzonderingsregel weliswaar eng worden uitgelegd, maar slechts in die zin dat recht en verplichting niet tot het ruimere begrip belang moeten worden uitgebouwd. De enge uitleg laat onverlet, dat onder de verbodsbepaling ook moet worden begrepen degene die indirect een recht verkrijgt of van een verplichting wordt ontslagen. In het hiervoor gegeven voorbeeld lijkt mij daarvan sprake.

Overigens voel ik wel voor afschaffing van de bepaling. Indien een besluitvormer té zeer zijn persoonlijke belangen heeft laten prevaleren, blijft toch altijd de mogelijkheid van een beroep op ongeldigheid wegens inbreuk op de goede trouw open. En bovendien behoeft men zich dan niet te verdiepen in het moeilijke onderscheid tussen recht en belang.

Ook andere omstandigheden zijn denkbaar, waaronder een besluitvormer zich van stemming dient te onthouden. Te noemen is het geval dat de vennootschap een vordering tegen een houder van de meerderheid der aandelen pretendeert. Hij zal zich, indien de pretentie op redelijke gronden berust, niet mogen verzetten tegen het zonodig in rechte geldend maken van de vordering ³. Indien hij tegenstemt, is zijn stem ongeldig wegens inbreuk op de goede trouw.

Bijzondere kwaliteiten

209. De statuten kunnen voor de toelating van personen als aandeelhouder, bestuurder, commissaris of lid van enig ander orgaan geheel op zichzelf staande eisen van niet-financiële aard stellen, zoals een bepaalde kwaliteit, het woonachtig zijn in Nederland, enz. ⁴. Nu is het alleszins mogelijk, dat aan die eisen formeel wel doch materieel niet wordt voldaan. Men denke zich als vereiste kwaliteit het exploiteren van een bepaald bedrijf, het beoefenen van een bepaald beroep, het belijden van een godsdienst. Wanneer men nu nog wel als exploitant van een bedrijf in het handelsregister staat ingeschreven,

1. Belinfante 1929, p. 81.

2. Denijs, a.w., p. 33-35.

3. Handboek, nr. 218.

4. Nr. 122.

doch dat bedrijf in werkelijkheid niet of nauwelijks meer voert, kan het onder omstandigheden in strijd zijn met de goede trouw van het stemrecht gebruik te maken. Of daarvan sprake is zal vooral afhangen van het antwoord op de vraag, waarom die bepaalde kwaliteit statutair is vereist en of die eis ook geacht moet worden voor het litigieuze besluit te gelden.

Aanbiedingsplicht

210. De statuten kunnen regelen dat in bepaalde gevallen de aandelen moeten worden aangeboden aan de overige aandeelhouders, de vennootschap of anderen, en zelfs dat de directie gemachtigd is bij weigerachtigheid van de betrokkene de overdracht tegen zijn zin te bewerkstelligen. Tot aan de overdracht blijft de aandeelhouder in beginsel bevoegd tot uitoefening van alle rechten die aan zijn aandelen zijn verbonden, tenzij de statuten beperkingen stellen¹. Zijn die niet gesteld, dan kan toch uitoefening van stemrecht in strijd komen met de goede trouw. Het volgende voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken.

Stel dat een naamloze vennootschap drie aandeelhouders heeft, die allen tevens bestuurder zijn. Eén aandeelhouder overlijdt en voor zijn weduwe ontstaat een aanbiedingsplicht, waaraan binnen zes maanden na het overlijden moet zijn voldaan. Tussen de beide overige bestuurders bestaat een grote animositeit. Voor ontslag van een bestuurder zijn de stemmen van de weduwe en de andere bestuurder voldoende. Binnen de termijn van zes maanden maken de weduwe en een bestuurder gebruik van hun wettelijke en statutaire bevoegdheid door een besluit tot ontslag van de andere bestuurder te forceren. Na verloop van die zes maanden zou dit niet meer mogelijk zijn geweest. Een dergelijke uitoefening van stemrecht zal licht in strijd met de goede trouw zijn, er van uitgaande dat de weduwe geen belang had juist nu nog een daad te stellen met betrekking tot de leiding van de vennootschap, waarvan zij korte tijd later geen deel meer zal uitmaken.

Wilsgebreken

211. De huidige wet, die reeds de ongeldigheid van het besluit stiefmoederlijk heeft behandeld, heeft geen enkele bepaling gewijd aan de ongeldigheid van de stem, dus ook niet aan ongeldigheid wegens dwaling, bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden. Het nieuwe BW heeft daar wel voorzieningen voor getroffen in art. 2.1.8a 4. Deze bepaling stemt praktisch overeen met het reeds thans geldende – ongeschreven – recht.

1. Nr. 122.

A. Dwaling

212. Dwaling levert krachtens dit artikel grond voor vernietiging van de stem op, indien het ontstaan of voortbestaan daarvan is toe te rekenen aan de rechtspersoon dan wel de meerderheid der vergadering bij het nemen van het besluit onder invloed verkeerde van dezelfde dwaling als degene die de stem uitbracht. Oorspronkelijk had Meijers voorgesteld de dwaling slechts dan in aanmerking te nemen, wanneer zij werd opgewekt door het bestuur of door mede-aandeelhouders, of wanneer de dwaling een feit betrof van de juistheid waarvan de vergadering uitdrukkelijk of stilzwijgend bij het nemen van het besluit ten onrechte was uitgegaan ¹.

De eis dat de dwaling moest zijn 'opgewekt door bestuur of mede-aandeelhouders' werd bij nader inzien te zwaar geacht. Het is immers mogelijk dat de dwaling is opgewekt door een derde, bijv. de advocaat of notaris van de n.v., doch niettemin aan het bestuur of de voorzitter of, in het algemeen, aan de vennootschap is toe te rekenen, wanneer bestuur of voorzitter of een ander orgaan van de vennootschap de dwaling bemerkt maar de betrokken besluitvormer daar niet op attendeert. Door de formulering 'toe te rekenen aan de rechtspersoon' zonder vermelding van bepaalde personen of organen wordt ook aan de rechter de nodige vrijheid gelaten zijn beslissing meer af te stemmen op de omstandigheden van het concrete geval. De rechter kan dan immers ook beoordelen of door een mede-aandeelhouder opgewekte dwaling aan de rechtspersoon valt toe te rekenen.

In het tweede geval waarin een beroep op dwaling wordt toegelaten, is de eis dat 'de vergadering' is beïnvloed vervallen. Daarvoor is in de plaats gekomen de bepaling, dat de meerderheid der vergadering in dwaling moet hebben verkeerd. Uitdrukkelijk wordt er in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer ² op gewezen, dat de meerderheid niet hetzelfde is als een beslissend aantal stemmen. De meerderheid wordt gevormd door alle voor- of tegenstemmen tezamen, een beslissend aantal kan reeds één stem zijn. Voor een beroep op dit geval van dwaling is niet vereist, dat deze is toe te rekenen aan de rechtspersoon. Daarvoor wordt in het artikel nu juist onderscheid gemaakt. Is dus de dwaling veroorzaakt door externe oorzaken, dan is deze eerst relevant wanneer de meerderheid daarin verkeerde; is de dwaling daarentegen toe te rekenen aan de rechtspersoon, dan is deze reeds relevant wanneer een beslissend aantal stemmen daarin verkeerde.

Voor een beroep op dwaling zal moeten gelden, dat deze wezenlijk is, d.w.z. dat de besluitvormer zijn stem anders zou hebben uitgebracht indien de dwaling omtrent de eigenschappen, de zin of de identiteit was uitgebleven. Niet voldoende is dat het misverstand wordt aangetoond, er zal ook redelijkerwijs moeten komen vast te staan dat de stem anders zou hebben geluid. Voorts is

1. Van Zeben, p. 139.

2. Van Zeben, p. 157.

dwaling niet relevant, wanneer gedwaald is in beweegredenen door welke de besluitvormer zijn stem niet mag laten leiden. Slechts rechtmatige beweegredenen komen in aanmerking. Tenslotte moet een beroep op dwaling uitgesloten worden geacht, wanneer de dwaling aan eigen zorgeloosheid is te wijten, dus wanneer de besluitvormer zich redelijkerwijze geen verkeerde voorstelling van zaken had mogen maken ¹.

B. Bedrog

213. Bedrog leidt tot ongeldigheid van de stem, wanneer de besluitvormer tot het op een bepaalde wijze uitbrengen van zijn stem is bewogen door opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededelingen of door opzettelijk daartoe verzwijgen van feiten die de verzwijger verplicht was mede te delen. Art. 3.2.10. 3 nieuw BW geeft met deze omschrijving een uitbouw van het begrip kunstgrepen in art. 1364 BW.

Voor een beroep op bedrog zal evenals bij dwaling moeten gelden, dat deze wezenlijk is, slechts rechtmatige beweegredenen betreft en niet aan eigen zorgeloosheid is te wijten. Anders dan wel eens is verdedigd ², zie ik het verschil met dwaling niet in het laatste punt gelegen. Immers, bij een beroep op bedrog is toch ook het verweer mogelijk, dat de betrokken besluitvormer beter had kunnen en moeten weten en het daarom aan zich zelf te wijten heeft dat hij zich heeft laten bedriegen; m.a.w. dat hij zich redelijkerwijze geen andere voorstelling van zaken had mogen maken. Het verschil met dwaling zie ik veeleer hierin, dat deze ook mogelijk is zonder dat iemand enig verwijt is te maken, terwijl voor bedrog steeds een verwijt nodig is.

Anders dan bij dwaling, is voor een beroep op ongeldigheid van de stem wegens bedrog niet noodzakelijk, dat dit is toe te rekenen aan de rechtspersoon dan wel de meerderheid van de vergadering onder invloed van het bedrog verkeerde. Deze eisen worden in art. 2.1.8a 4 nieuw BW dan ook uitdrukkelijk slechts ten aanzien van dwaling gesteld. De begunstiging van het beroep op bedrog boven dat op dwaling is verklaarbaar wegens het maatschappelijk ongeoorloofde karakter van de opzettelijk onjuiste beïnvloeding van eens anders wilsvorming. Het is dan ook onverschillig van wie de onjuiste mededeling of verzwijging is uitgegaan, van de voorzitter, van enig ander orgaan, van aandeelhouders of van iemand buiten de vennootschap staande ³.

1. Hülsmann, diss. p. 167-168.

2. Handboek, 7e druk, nr. 224.2; in de 8e druk wordt daarover niet meer uitdrukkelijk gesproken.

3. Hülsmann, diss., p. 175. Anders Handboek, 7e druk, nr. 224.2; in de 8e druk wordt daarover niet meer uitdrukkelijk gesproken.

C. Bedreiging

214. Bedreiging leidt tot ongeldigheid van stem, wanneer de besluitvormer tot het op een bepaalde wijze stemmen is bewogen tengevolge van onrechtmatig door een ander opgewekte vrees voor benadeling in persoon of goed van hem of een derde, en wel zodanig dat een redelijk oordelend besluitvormer daardoor kan worden beïnvloed. De omschrijving van art. 3.2.10.2 nieuw BW sluit aan bij de thans geldende opvatting. Evenals bij dwaling en bedrog zal bij bedreiging moeten gelden, dat deze wezenlijk is en de besluitvormer niet zelf is te verwijten.

Anders dan bij dwaling, doch evenals bij bedrog en op dezelfde gronden is voor een beroep op bedreiging niet noodzakelijk dat deze is toe te rekenen aan de vennootschap. Bedreiging van derden kan dus ook relevant zijn ¹. Te denken is hierbij aan het geval, dat een winstgerechtigde een aandeelhouder chanteert om hem te doen besluiten tot vaststelling van een hogere winst dan deze zonder bedreiging zou hebben gedaan.

D. Misbruik van omstandigheden

215. Ook misbruik van omstandigheden kan grond voor aantasting van de stem opleveren, wanneer de besluitvormer daardoor tot het uitbrengen van een voor hem nadelige stem wordt bewogen. Onder deze omstandigheden kunnen worden verstaan noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand en onervarenheid van de besluitvormer.

Een algemene bepaling omtrent misbruik van omstandigheden is in de huidige wet onbekend. In enkele bijzondere bepalingen is de gedachte echter wel te vinden ². De Hoge Raad heeft misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van overeenkomsten erkend in zijn Bovag II-arrest van 11 jan. 1957, NJ 1959, 37 met noot van H.B. Zo ook in lagere rechtspraak, waarbij de toepassing niet tot wederkerige overeenkomsten is beperkt gebleven. Ook bij eenzijdige rechtshandelingen werd de mogelijkheid van beroep daarop aangenomen ³.

In de rechtspraak is de ongeldigheid van een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden gewoonlijk geconstrueerd als een ongeldigheid wegens ongeoorloofde oorzaak. Dat is verklaarbaar. Bij het tot stand komen van een overeenkomst, waarbij misbruik van zekere omstandigheden wordt gemaakt, verhinderen deze omstandigheden dat de benadeelde zijn toestemming tot de overeenkomst in volle vrijheid geeft. De omstandigheden maken zijn wil gebrekkig. Misbruik van omstandigheden kan dus in wezen als een

1. Hülsmann, diss., p. 180.

2. C. J. van Zeven, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, diss. Utrecht 1960, p. 15 e.v.

3. Van Zeven, diss., p. 31 e.v.

wilsgebrek worden beschouwd. Men zag er echter een bezwaar in om naast de drie bestaande wilsgebreken een vierde te scheppen, omdat art. 1357 BW er slechts drie noemt. Men zag er ook een bezwaar in om een van de bestaande wilsgebreken uit te breiden. Om deze bezwaren te ondervangen bracht men het onder bij de art. 1371 en 1373 BW. De Hoge Raad sprak dan ook in het genoemde Bovag II-arrest van strijd met de goede zeden.

Ook in de doctrine wordt het beginsel van ongeldigheid van een rechtshandeling wegens misbruik van omstandigheden aanvaard¹. Het nieuwe BW noemt deze mogelijkheid uitdrukkelijk in art. 3.2.10.4, op de stem toepasselijk krachtens art. 2.1.8a 4. In recente rechtspraak is tweemaal het misbruik maken van omstandigheden bij een overeenkomst geconstrueerd als onrechtmatige daad, maar in beide gevallen was de benadeelde een derde, HR 3 jan. 1964, NJ 1965, 16 en 17 nov. 1967, NJ 1968, 42.

Evenals bij dwaling, bedrog en bedreiging zal voor een beroep op misbruik van omstandigheden moeten gelden, dat deze wezenlijk is en niet aan de besluitvormer zelf is te verwijten. Anders dan bij dwaling, doch evenals bij bedrog en bedreiging en op dezelfde gronden is niet noodzakelijk dat het misbruik is toe te rekenen aan de vennootschap. Misbruik van derden kan dus ook relevant zijn. Te denken is hierbij aan het geval, dat een derde een jeugdig of onervaren aandeelhouder beweegt hem – die derde – te benoemen tot bestuurder of commissaris tegen een voor de vennootschap onverantwoord hoge beloning.

Directe ongeldigheid van het besluit door wilsgebreken mogelijk

216. Een wilsgebrek kan indirect ongeldigheid van het besluit tot gevolg hebben, doordat het bij wet of statuten vereiste aantal geldige stemmen komt te ontbreken. In het algemeen neemt men dan ook aan, dat een vordering tot vernietiging van stem slechts zin heeft wanneer dit laatste het geval zal zijn. Indien een besluitvormer door aantasting van zijn stem de vereiste meerderheid nog niet doet verdwijnen, zal hij dus een of meer medebesluitvormers bereid moeten vinden om eveneens een beroep op ongeldigheid van hun stem te doen.

Dit standpunt miskent echter enigszins de waarde van de discussie tijdens de vergadering en de invloed die daarvan uit kan gaan op individuele besluitvormers. Het komt immers veelvuldig voor, dat deelnemers aan een vergadering slechts voor stemmen, omdat een andere zijn-stem-roerende deelnemer daarvoor pleit, terwijl het nog helemaal niet zeker is of die voorstemmer hetzelfde gedaan zou hebben bij afwezigheid van die pleitbezorger. Blijkt later die pleitbezorger ten onrechte aan de vergadering en stemming te hebben deelgenomen, dan is er op de stemming invloed uitgeoefend op een (later

1. Asser-Rutten II, p. 32 en de daar genoemde literatuur.

gebleken) ongeldige wijze, zonder dat sprake behoeft te zijn van dwaling of misbruik van omstandigheden.

Hof 's-Gravenhage 28 oct. 1964, NJ 1966, 72, betreffende een coöperatieve vereniging, heeft het belang van de behandeling en discussie ter vergadering onderstreept: De formele eisen van wet en statuten hebben de reële betekenis, door behandeling en stemming op een algemene vergadering voor te schrijven, de leden tegen overijde besluiten te beschermen en een goede behandeling der voorstellen te waarborgen.¹

Zijn er dus geen omstandigheden waaronder een wilsgebrek rechtstreekse aantasting van een besluit mogelijk maakt? Asser-Van der Grinten² en Stein³ menen van niet; Hulsman⁴, J. C. van Oven⁵, Verdam⁶, vele aanwezigen ter vergadering van de *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland* gehouden op 9 en 10 december 1966 te Amsterdam⁷ en Van der Heijden-Van der Grinten⁸ menen daarentegen van wel. Ook ik ben van oordeel, dat de mogelijkheid naar huidig recht bestaat. Het hierna volgende kan ter adstructie dienen.

De huidige wet kent geen algemene regeling van de gevolgen van wilsgebreken. Voor de obligatoire overeenkomsten in het algemeen gelden de art. 1357 t/m 1364 BW. Voor enkele bijzondere overeenkomsten zijn speciale regels gegeven zoals voor de boedelscheiding, art. 1158 BW; de dading, art. 1896 BW; en de verzekering, art. 251 K. Maar ook voor wilsgebreken bij andere rechtshandelingen treft men incidenteel wel bepalingen aan, zoals het huwelijk, art. 142 BW; het testament, art. 937 en 940 BW; de aanvaarding van een nalatenschap, art. 1999 BW; en de verwerping van een nalatenschap, art. 1111 BW. Nu het besluit geen obligatoire overeenkomst of andere hier genoemde rechtshandeling is, mag de regeling omtrent wilsgebreken bij een dezer rechtshandelingen niet zonder meer op het besluit worden toegepast. Wij zullen dus een andere weg moeten gaan.

Een beroep op een wilsgebrek is in wezen een beroep op de goede trouw. De in de wet gegeven regeling van wilsgebreken bij obligatoire overeenkomsten en andere in de vorige alinea genoemde rechtshandelingen is een uitwerking van de goede trouw. Het is in het algemeen in strijd met de goede trouw wanneer men zijn partner in een rechtsbetrekking wil houden, aan zijn wils-

1 HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 vrucht van overleg

2 P 252

3 NV 39, p 26

4 Diss., p 132, 170, 173, 176, 180-181

5 WPNR 3460

6 Diss., p 148

7 Zie verslag van Maeijer in NV 44, p 224 e.v., speciaal p 227 In zijn preadvies voor deze vergadering twijfelt Van der Grinten. De mede-preadviseur J. Ronse neemt voor het Belgische recht de mogelijkheid aan, zie diens preadvies p 15 Lees ik het verslag van Maeijer goed, dan is het vooral Beekhuis die ter vergadering deze gedachte heeft ontwikkeld

8 Handboek, nr 225

uiting, als aan die wilsuiting hem niet verwijtbare gebreken kleven. De relatie tussen wilsgebrek en goede trouw is op heldere wijze door J. C. van Oven ¹ vanuit zijn Romeinsrechtelijke visie belicht.

Nu een beroep op de goede trouw als algemeen rechtsbeginsel ook voor de besluitvorming geldt, kan dit evenzeer gezegd worden van het species van de goede trouw, het beroep op een wilsgebrek ². Het zou dan ook onjuist zijn het wilsgebrek en de goede trouw naast elkaar te stellen bij beoordeling van de gevolgen van een besluit. Het beroep op een wilsgebrek oefent zijn corrigerende werking uit dank zij de werking van de goede trouw. Alle eisen die literatuur en jurisprudentie ten aanzien van relevante wilsgebreken bij obligatoire overeenkomsten stellen vormen een uitbouw van de eisen van de goede trouw. Bij obligatoire overeenkomsten leidt slechts deze visie tot bevredigende resultaten. Zou dat op ander terrein en met name bij besluiten dan niet het geval zijn? Het komt mij voor, dat daarover geen twijfel kán bestaan. Maar daarmee is echter nog niet gezegd, dat een wilsgebrek in de stem ook zonder meer een rechtstreeks beroep op ongeldigheid van het besluit rechtvaardigt.

Goede trouw vergt belangenafweging. Ongeldigheid van een besluit wegens een wilsgebrek moet dus ook impliceren, dat een behartigenswaardig belang is geschonden, ten onrechte is gesteld onder een ander belang. Welk tekort in belangenafweging is er nu, wanneer iedere besluitvormer heeft gedwaald of is bedrogen door een buiten de vennootschap liggende oorzaak? Ongetwijfeld is er wel een afweging van belangen te constateren, nl. het belang van een agerende besluitvormer bij aantasting van het besluit tegen het belang van de vennootschap, de andere besluitvormers, eventueel derden bij instandhouding van het besluit. Maar dat is een andere belangentegenstelling, in ieder geval niet de belangenafweging die de (on-)geldigheid van het besluit bepaalt.

Ik zou het veeleer aldus willen zien. Wanneer er causaal verband bestaat tussen het wilsgebrek en het besluit, dat wil zeggen wanneer de beslissing op de vergadering afhankelijk is geweest van de omstandigheid in welke is gedwaald of waarvoor is gevreesd, dus wanneer deze omstandigheid de beslissing redelijkerwijze wel moet hebben beheerst, staat een rechtstreeks beroep op ongeldigheid van het besluit open. Degene die dit beroep doet, toont dan immers aan dat redelijk oordelende besluitvormers onder gelijke omstandigheden niet aldus zouden hebben gestemd en dus de onderhavige besluitvormers niet aldus mochten stemmen. Hij toont dan dus aan, dat de vergadering c.q. de meerderheid ongeldige stemmen heeft uitgebracht, zodat het besluit de vereiste meerderheid van geldige stemmen ontbeert.

Nu zou men kunnen opwerpen: maar het is mogelijk dat de (overige) wilsgebreklijke besluitvormers achteraf geen beroep op het gebrek willen doen en de ongeldigheid, uitdrukkelijk of stilzwijgend, bekrachtigen. Ik zou daarop willen antwoorden: dat staat hun niet vrij; anders zouden zij immers achteraf met kennis van zaken en in vrijheid goedkeuren wat hun tevoren, indien er

1. WPNR 3240-3243.

2. Adv.-gen. Besier vóór HR 15 juni 1928, NJ 1928, 1626.

geen gebrek was geweest, niet vrij stond. Een dergelijke goedkeuring is ongeldig. Het belang, dat achteraf gezien blijkt te zijn geschonden, dient alsnog te worden gerespecteerd.

Wie het besluit aantast kan dus niet slechts een beroep doen op eigen wilsgebrek, doch tevens op het wilsgebrek van andere voorstemmers, eventueel op dat van alle besluitvormers. Hij komt dan ook niet voor de moeilijkheid te staan, dat hij bij wilsgebreken eerst voldoende medebesluitvormers bereid moet vinden eveneens een beroep op het wilsgebrek te doen. Op grond van deze moeilijkheid wijst Stein de rechtstreekse aantasting van het besluit af ¹. Degene die het besluit wenst aan te tasten geraakt dan evenmin in moeilijkheden, wanneer het wilsgebrek is veroorzaakt door een buiten de vennootschap liggende oorzaak.

Moet degene die het besluit op deze grond wenst aan te tasten zelf onder invloed van het wilsgebrek hebben gestemd? Hülsmann meent van wel ², J. C. van Oven van niet ³. Waarom, zo vraagt Van Oven zich af, zouden zij die afwezig waren, maar vooral zij die zich niet lieten intimideren of die helderder zagen dan de anderen en daarom tegenstemden, niet mogen aanvoeren: dit besluit zou nooit genomen zijn, als men de vergadering niet bedreigd had, niet bedrogen had, of als zij de waarheid hadden gekend, die wij ondanks alles wel hadden voorzien? Dit standpunt van Van Oven komt mij juist voor. Ook aan afweziggen, zelfs aan derden kan dat beroep toekomen. Natuurlijk blijft wel steeds als eis gelden, dat de omstandigheid ten aanzien waarvan het wilsgebrek bestond de beslissing redelijkerwijze moet hebben beheerst.

In het ontwerp van art. 2.1.8a (toen nog 2.1.8) nieuw BW had Meijers de mogelijkheid van rechtstreekse aantasting van het besluit op grond van wilsgebreken opgenomen. Later werd dit teruggenomen en in lid 4 van art. 2.1.8a slechts de mogelijkheid van aantasting van de stem op die grond gecreëerd ⁴. Anders dan Maeijer meent ⁵, is echter geen wijziging van lid 1 van art. 2.1.8a nodig om een direct beroep op ongeldigheid van het besluit wegens wilsgebreken toelaatbaar te achten. Dat beroep is immers een beroep op de goede trouw, en dus reeds krachtens lid 1 sub c mogelijk. Het verdient echter wel aanbeveling het uitdrukkelijk te vermelden.

Jurisprudentie over dit onderwerp is er weinig.

Rb. Zwolle 3 dec. 1924, W 11295:

De rechtbank erkende bij een coöperatieve vereniging de mogelijkheid van directe aantasting van een besluit – tot grotere aansprakelijkheid van de leden voor tekorten – op grond van bedrog. Het beweerde bedrog was gepleegd door het bestuur. Het lid, dat door de curator van de later gefailleerde vereniging tot betaling van zijn aandeel in de tekorten

1. NV 39, p. 26.

2. Diss., p. 154.

3. WPNR 3460.

4. Van Zeben, p. 152-153, 156.

5. NV 44, p. 227.

GOEDE TROUW

op grond van de verhoogde aansprakelijkheid werd aangesproken, werd echter naar huis gezonden omdat het beroep op bedrog slechts de bedrogene vrij stond en niet hij doch de algemene vergadering die bedrogene was.

Dit laatste leidt echter tot onaanvaardbare consequenties. Immers, moeten dan alle leden van de algemene vergadering tegelijk een vordering instellen, moet de vereniging dat doen en, zo ja, tegen wie?

HR 15 juni 1928, NJ 1928, 1626:

Een praktisch gelijk geval werd door de Hoge Raad bij dit arrest beslecht. Een besluit tot verhoging van de aansprakelijkheid van de leden van een coöperatieve vereniging werd eveneens aangetast op grond van onjuiste voorlichting door het bestuur. Daarop werd een beroep gedaan door een lid, dat door de curator van de later gefailleerde vereniging werd aangesproken. Ditmaal had het lid wel succes, in drie instanties. Het hof overwoog dat het beroep kon worden gedaan door ieder lid, onverschillig of hij aan het besluit had meegewerkt of niet. In het arrest van de Hoge Raad is echter niets te lezen over enig wilsgebrek, wel in de conclusie van de advocaat-generaal Besier. Hij achtte een rechtstreeks beroep op dwaling ten aanzien van het besluit mogelijk. De Hoge Raad herleidt de ongeldigheid in dit arrest tot strijd met de goede trouw: de statutaire bepaling, die wijziging van de statuten toelaat, is niet te goeder trouw toegepast.

Rb. Maastricht 1 dec. 1960, NJ 1962, 152:

De mogelijkheid van rechtstreekse aantasting van een besluit in een n.v. op grond van dwaling werd in beginsel aanvaard door de rechtbank, echter met deze beperking dat het beroep slechts toekomt aan degene die heeft gedwaald.

Dat ik het met deze beperking niet eens ben, is boven reeds uiteengezet.

Hof Arnhem 29 april 1959, in HR 4 maart 1960, NJ 1962, 2:

Deze beperking is uitdrukkelijk door Hof Arnhem verworpen met de overweging 'dat het Hof wil aannemen, dat een besluit niet alleen door degenen op wie ongeoorloofde druk zou zijn uitgeoefend, kan worden aangetast, maar ook door anderen, die door de beïnvloeding zijn benadeeld'. In de verdere overwegingen volgt het Hof kennelijk het arrest van de Hoge Raad van 15 juni 1928 'dat de bestrijding dan hierop moet rusten, dat de bepaling die wijziging der statuten toelaat te goeder trouw ten uitvoer gebracht moet worden en de naamloze vennootschap de leden niet zou mogen houden aan een wijziging, welke tot stand is gekomen door ongeoorloofde beïnvloeding'.

§ 4 WIJZE VAN TOTSTANDKOMEN VAN HET BESLUIT IN STRIJD MET DE GOEDE TROUW WEGENS INBREUK OP ANDERE FORMELE EISEN

217. Een defect in de stem is één van de eventuele oorzaken van ongeldigheid in de wijze van totstandkomen wegens strijd met de goede trouw. Ik zal thans enkele andere gevallen bespreken.

Het orgaan dat tot een vergadering oproept

218. Indien de statuten geen orgaan voor het oproepen van een algemene vergadering van aandeelhouders aanwijzen, zijn zowel het bestuur als de commissarissen daartoe bevoegd, art. 43b K. Wanneer nu ieder krachtens wet en statuten tot oproepen bevoegd orgaan ontbreekt, zal toch een algemene vergadering van aandeelhouders moeten kunnen worden bijeengeroepen, soms om juist in die leemte te voorzien en toch in ieder geval voor het houden van de krachtens art. 43a K verplichte jaarvergadering. Nu zou men wellicht kunnen stellen dat iedere aandeelhouder op grond van het bepaalde in art. 43e K daartoe machtiging van de president der rechtbank behoeft, omdat er sprake is van 'in gebreke' blijven van de tot oproepen bevoegde personen. Deze machtiging zou te verdedigen zijn, omdat voor de opgeroepen anders onzekerheid kan bestaan over de vraag of hij die oproept ook inderdaad aandeelhouder is. De president kan dit summier onderzoeken.

Zo'n machtiging komt mij echter niet altijd nodig voor. Wanneer de opgeroepen toch wel weten dat hij die oproept de hoedanigheid van aandeelhouder bezit, zou het in strijd kunnen zijn met de goede trouw op het ontbreken van deze machtiging een beroep te doen ¹.

Wanneer krachtens statutaire regeling een orgaan de bijeenroeping daadwerkelijk moet doen, doch een ander orgaan de wijze waarop, de termijn, plaats, enz. moet bepalen, en dit laatste orgaan daartoe niet overgaat binnen een redelijke termijn dan wel, zo het daar wel toe overgaat, daarbij de perken van de redelijkheid overschrijdt (veel te lange of korte termijn, abominabele plaats), kan eerstbedoeld orgaan de vergadering bijeenroepen zonder medewerking van het andere orgaan. De bevoegdheid van eerstbedoeld orgaan mag nu eenmaal niet gefrustreerd worden. Het zou in strijd zijn met de goede trouw op het ontbreken van deze machtiging een beroep te doen. Hetzelfde geldt bij ontstentenis van het orgaan, dat de medewerking moet verlenen; Rb. 's-Hertogenbosch 9 jan. 1925, NJ 1925, 886.

Wijze van oproepen

219. Voorop dient te staan, dat oproepen tot een vergadering mogelijk moet zijn en dat de strekking van een oproep is de betrokkenen ook daadwerkelijk van de te houden vergadering in kennis te stellen. Wanneer het oproepend orgaan weet of redelijkerwijs kan weten, dat de wettelijke of statutaire oproep

¹ Vergelijk HR 2 nov. 1922, NJ 1923, 90, gewezen onder vigeur van de oude wet, die geen geautoriseerde oproeping als geregeld in de art. 43c t/m 43e K kende. Een ontslagen bestuurder riep de ongeldigheid van het ontslagbesluit in op deze grond, dat de vergadering niet door hem, zoals de statuten eisten, was bijeengeroepen doch door een ander. Het argument werd verworpen, omdat de betrokken bestuurder zelf nalatig was gebleven in het bijeenroepen.

de betrokkene niet zal bereiken, dient dat orgaan meer te doen dan statuten of wet aangeven. Zelfs kan onder omstandigheden van die verplichting ook sprake zijn wanneer voor de betrokkene grote belangen op het spel staan of zijn deelneming aan de besluitvorming om andere redenen zeer is geboden ¹.

Deze opvatting blijkt uit de jurisprudentie.

Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 okt. 1927, W 11756; NV 6, p. 337:

Al is de n.v. statutair slechts verplicht een te houden algemene vergadering van aandeelhouders in twee niet met name genoemde nieuwsbladen, waarvan er één te 's-Gravenhage en één te Rotterdam verschijnt, aan te kondigen, toch dient zij te voldoen aan het verzoek van een aandeelhouder (van toonderaandelen tot f 80.000 nominaal, die buitenslands vertoefde) om tijdige mededeling van tijd en plaats van de te houden vergadering aan hem persoonlijk. De president overwoog daarbij, dat aankondiging in nieuwsbladen vooral bedoeld was voor mogelijk aan de directie onbekende aandeelhouders, alsmede dat het voor de vennootschap geen moeite van betekenis was bericht te zenden, ook niet als meer aandeelhouders daarom zouden vragen ².

Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 nov. 1928, NJ 1929, 1026; NV 8, p. 358:

Nu de statuten bepalen, dat de algemene vergadering wordt aangekondigd 'zoo noodig in een te 's-Gravenhage verschijnend dagblad' was de oproep per dagblad niet nodig voor de enige commissaris, die te 's-Gravenhage woont en telefoon heeft, bijna dagelijks in het bedrijf van de vennootschap komt en met de directie de zaken bespreekt en had veeleer persoonlijke mededeling kunnen en dienen te geschieden. Het desbetreffende dagblad werd door de commissaris niet gelezen en omtrent het uitschrijven van de vergadering was met hem geen overleg gepleegd.

Rb. Amsterdam 20 okt. 1936, NJ 1938, 213:

De vennootschap kon met de statutaire oproep per dagblad ten opzichte van de commissaris niet te goeder trouw volstaan, nu zijn naam en adres bekend waren en hij in het buitenland vertoefde, terwijl het een vergadering betrof op welke agenda zijn ontslag voorkwam.

Rb. Arnhem 12 nov. 1942, NJ 1943, 846:

Een vennootschap had twee aandeelhouders met ieder de helft van de aandelen. De een was directeur, de ander commissaris. De directeur riep een algemene vergadering bijeen op statutaire wijze, te weten in een te Amsterdam verschijnend dagblad. Hij koos daarvoor echter het 'Christelijk Sociaal Dagblad de Amsterdammer' met beperkte lezerskring, dat de commissaris als koopman niet las. De commissaris werd ook op andere wijze niet over de te houden vergadering geïnformeerd. Op die vergadering werd hij als commissaris ontslagen, werd een ander tot commissaris benoemd en werd tevens tot uitgifte van nog vijf aandelen aan die nieuwe commissaris besloten, waardoor het evenwicht tussen de twee oorspronkelijke aandeelhouders werd verstoord. De rechtbank oordeelde deze oproep ongeldig.

1. Handboek, nr. 208.

2. Zie ook Hof Leeuwarden 7 jan. 1948, NJ 1949, 22: Nu de vennootschap niet wist noch had moeten weten, dat de betrokkene uitstedeig was en het dagblad waarin de oproep werd gepubliceerd niet las, handelde zij niet laakbaar door hem niet speciaal te waarschuwen; het lag op zijn weg de vennootschap daarom te vragen.

Rb. Breda 17 nov. 1942, NJ 1943, 463:

In dezelfde zin als de vorige uitspraak besliste de rechtbank Breda in een gelijkwaardig geval. De twee enige aandeelhouders met ieder ook 50 % van de aandelen waren beiden directeur. De een riep een te Amsterdam te houden algemene vergadering op statutaire wijze bijeen in het Algemeen Handelsblad, terwijl de vennootschap alhoewel statutair te Amsterdam in werkelijkheid te Tilburg was gevestigd en hem, de oproepende directeur, bekend was dat de ander, die ook in Tilburg woonde, slechts de Telegraaf las. Op die vergadering, waarvan de ander ook overigens onkundig werd gehouden, werd tot zijn ontslag besloten. De rechtbank verklaarde deze wijze van oproepen in strijd met de goede trouw, omdat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid was te verwachten dat de ander met de vergadering onbekend zou blijven.

De uit de jurisprudentie blijkende ontwikkeling mag gunstig genoemd worden. Een star vasthouden aan slechts wettelijke of statutaire formaliteiten kan de vennootschappelijke verhoudingen schaden en tekort doen aan de belangen van de betrokkenen. De Hoge Raad heeft deze lijn op duidelijke wijze doorgetrokken in het arrest van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 inzake I.A.M./Mante, waarin hij overweegt dat ook indien de wet of de statuten individuele oproeping van aandeelhouders niet dwingend voorschrijven, niettemin de bijzondere omstandigheden van het geval afzonderlijke verwittiging bepaaldelijk van die aandeelhouders wier belangen in het bijzonder door het te nemen besluit worden geraakt geboden kunnen doen zijn. De bijzondere omstandigheden van dit geval waren, dat op de vergadering een voorstel tot statutenwijziging zou worden behandeld waardoor de betrokken aandeelhouder een machtspositie kon verliezen.

Ook al kan onder omstandigheden het oproepend orgaan krachtens de goede trouw tot meer gehouden zijn dan in wet of statuten is bepaald, dat neemt niet weg dat tevens deze (wettelijke of statutaire) eisen dienen te worden nageleefd. De aanvulling op de wettelijke of statutaire eisen, die door de goede trouw wordt geleverd, brengt niet met zich mee dat deze eisen zelf mogen worden veronachtzaamd. In de wet of de statuten kan niet veel meer dan de strekking worden neergelegd. De concrete situatie vergt soms meer. De leemte, die dan blijkt te bestaan, wordt met behulp van de goede trouw opgevuld. Ook al is dus een aandeelhouder met veronachtzaming van de wettelijke of statutaire oproepingswijze persoonlijk opgeroepen, dan toch kan het op die vergadering genomen besluit ongeldig zijn wegens strijd met de wet of de statuten. Of de betrokken aandeelhouder op die ongeldigheid ook een beroep zal kunnen doen, is een geheel andere kwestie. Dat zal afhangen van de vraag of hij, ondanks de persoonlijke oproeping, toch nog belang heeft bij naleving van de wettelijke of statutaire eisen terzake oproeping. Dat de aandeelhouder geacht wordt als aandeelhouder zonder meer voldoende belang daarbij te hebben, zoals Wery ¹ en A. van Oven ² lijken te menen, kan ik niet beamen.

1. NV 43, p. 66.

2. WPNR 4957.

Inhoud van de oproep en agenda

220. Volgens art. 43g K behoren de te behandelen onderwerpen te worden bekend gemaakt. Over de voorstellen, die zullen worden gedaan, laat het artikel zich niet uit.

Opgeroepen behoren niet in het onzekere te worden gelaten door vage bewoordingen, de onderwerpen dienen zodanig te worden omschreven dat de opgeroepen daaruit kunnen afleiden of hun belang hun aanwezigheid vergt. Vermelding van 'maatregelen ter voorziening in de liquiditeit' of 'maatregelen terzake de financiering van de vennootschap' of soortgelijke omschrijvingen zijn onvoldoende. Duidelijk dient te blijken of het gaat om een emissie, een bijstorting op aandelen, een obligatielening, een bankcrediet, enz. Het belang van de aandeelhouder is immers veel meer en veel directer betrokken bij een emissie dan bij een obligatielening; de eerste raakt zijn samenwerkingsverband, de laatste niet.

Naargelang van het onderwerp zullen meer of minder details in de oproep of de agenda vereist zijn. Van der Heijden-Van der Grinten¹ achten het niet nodig, dat melding wordt gemaakt van de inhoud van een opgemaakte voordracht ter voorziening in een vacature. Het komt mij echter voor, dat dit onder omstandigheden toch geboden kan zijn. Op belangrijke beslissingen moeten de opgeroepen zich behoorlijk kunnen voorbereiden; daarvan is geen sprake als eerst ter vergadering de voordracht wordt bekend gemaakt². Een besluit kan in zo'n geval in strijd met de goede trouw tot stand komen.

Of de omschrijving van de onderwerpen voldoende duidelijk is, zal met behulp van de (interpreterende werking van de) goede trouw moeten worden vastgesteld. Duidelijk genoeg achtte de Rb. Groningen in de zaak van Scholten's Aardappelmeelfabrieken³ de vermelding 'Bespreking van eventuele mogelijkheden respectievelijk wenselijkheid van onderhandse kleine emissie aan enige buitenlandse relaties' in een oproep voor een commissarissenvergadering. Dat lijkt mij inderdaad voldoende. Maar de omschrijving werd ook voldoende geacht om een voorgenomen emissie aan Nederlanders te dekken. Hier moet ik toch een vraagteken plaatsen; ik neig ertoe dit onjuist te achten.

Geen bezwaar had de Rb. 's-Gravenhage 12 dec. 1939, NJ 1940, 660 tegen de vermelding van het voorgenomen roeyement van een lid ener vereniging zonder de reden van dat roeyement erbij op te nemen. Daar kan ik mij wel mee verenigen. En dat zou evenzeer gelden bij voorgenomen ontslag van een bestuurder of commissaris. Gewoonlijk weet de betrokkene wel wat er gaande is en kan hij zich voorbereiden op een verdediging. Wordt hij door het ter vergadering te berde gebrachte alsnog verrast, dan kan hij in het belang van zijn verdediging verdaging van de behandeling verzoeken. Wordt dit ver-

1. Handboek, nr. 209.

2. H. in WPNR 4321 (rechtsvraag).

3. 18 jan. 1957, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434.

zoek zonder redelijke grond geweigerd, dan kan dat aanleiding geven tot ongeldigheid van het besluit. Een parallel is hier te trekken met de rechtspraak in arbeidszaken over ontslag wegens dringende redenen. Ondanks de stringente formulering van art. 1639 o BW kan mededeling van de redenen achterwege blijven, indien deze onder de gegeven omstandigheden voor de wederpartij duidelijk zijn.

In het algemeen lijkt mij vermelding van het voorstel, dat zal worden gedaan, niet noodzakelijk. Maar het kan onder omstandigheden geboden zijn. De hierbij te hanteren maatstaf zal ongeveer moeten zijn als door de Hoge Raad in het arrest van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 inzake I.A.M./Mante gegeven. Beslissend is of de betrokkene, wiens belangen in het geding zijn, genoegzaam op de hoogte is gesteld om bij de besluitvorming over het hem in het bijzonder rakende onderwerp aanwezig te zijn, aan de beraadslaging deel te nemen en voor zijn belangen op te komen. In het ontwerp voor een statuut van een Europese n.v. stelt Sanders in art. IV-3-3 voor, de oproep behalve de agenda ook de voorstellen te laten vermelden, zelfs met de mogelijkheid dat aandeelhouders tevoren tegenvoorstellen indienen die dan eveneens op gelijke wijze moeten worden bekend gemaakt aan de opgeroepen.

Zoals reeds eerder uiteengezet ¹, biedt de wet aan aandeelhouders hoege-naamd geen rechtstreeks middel om bepaalde onderwerpen op de agenda te krijgen. Indien ook de statuten daaromtrent geen regeling geven, zal de goede trouw uitkomst moeten bieden. Onder omstandigheden kan het convocerend orgaan gehouden zijn een onderwerp op de agenda te plaatsen op verzoek van aandeelhouders. Met Van der Grinten ² acht ik verdedigbaar dat zo'n omstandigheid zich voordoet, wanneer het verzoek uitgaat van aandeelhouders die in een voltallige vergadering over voldoende stemmen kunnen beschikken om tot een beslissing te komen.

Termijn van de oproep, termijn en plaats van tervisielegging der agenda

221. Onder omstandigheden kan de goede trouw het oproepend orgaan verplichten een langere dan de wettelijke of statutaire termijn aan te houden bij de oproeping of voor de tervisielegging van de agenda. Vooral bij kleinere vennootschappen kan dit een rol spelen. Wanneer de bestuurder weet dat bepaalde aandeelhouders, voor wie de vergadering belangrijk is, ver weg of om andere redenen langere tijd afwezig zijn en de vergadering een ruimere termijn van oproeping toelaat, is hij in het algemeen verplicht daarmee rekening te houden. Het zenden van de oproep naar het buitenlandse verblijf, eventueel vergezeld van de agenda, ook al regelen de statuten zo'n verzending niet, zal dan nog niet voldoende zijn.

1. Nr. 30, 98 en 100.

2. Handboek, nr. 209. Zie ook J. C. R. Y. van Heekeren, NV 46, p. 170 e.v., wiens betoog mij aanvaardbaar voorkomt.

Roept de bestuurder welbewust onnodig de vergadering op binnen de tijd, welke naar hem bekend is voor die aandeelhouders te enen male ongeschikt is, dan maakt hij zelfs misbruik van zijn bevoegdheid (*détournement de pouvoir*) en handelt hij in strijd met de wet of de statuten. De bestuurder beoogt dan immers in wezen niet een bijeenkomen van álle aandeelhouders; er is geen oproep als in art. 43*b* K bedoeld. Doet hij zulks weliswaar niet welbewust doch zonder voldoende rekening te houden met de belemmering voor die aandeelhouders, dan handelt hij naar willekeur en dus in strijd met de goede trouw. In beide gevallen zullen de vergadering en de te nemen besluiten ongeldig zijn.

Indien wordt aangekondigd dat de agenda ter visie ligt, moet de mogelijkheid om deze in te zien ook reëel zijn. Dus op behoorlijk bereikbare plaats, gedurende de gebruikelijke kantooruren, zonder belemmering. Is daarvan in redelijkheid geen sprake, dan is weliswaar de vergadering niet ongeldig, doch het aldaar genomen besluit wegens strijd met de goede trouw wel. Wanneer bewijsstukken voor het aandeelhouderschap moeten worden gedeponereerd, geldt eveneens dat de daarvoor aangewezen plaats behoorlijk en op gebruikelijke uren bereikbaar en het deponeren praktisch mogelijk moet zijn. Van het regelmatig verloop daarvan hangt de geldigheid van de gehele vergadering af.

Plaats van de vergadering

222. Niet alleen de gemeente, waarin de vergadering wordt gehouden, speelt een rol, ook het gebouw en zelfs de lokaliteit. Wanneer deelneming van enkele honderden personen wordt verwacht en een lokaliteit voor slechts enkele tientallen personen wordt gehuurd, kan van een behoorlijke vergadering geen sprake zijn. Deze vergadering en de eventueel aldaar genomen besluiten zijn dan ongeldig.

Tijdstip van de vergadering

223. De wettelijk verplichte jaarvergadering dient binnen negen maanden na afloop van het boekjaar te worden gehouden, behoudens statutaire verkorting, art. 43*a* lid 2 K. Het oproepend orgaan is overigens in beginsel vrij zelfstandig het tijdstip te bepalen. Daarbij dient uiteraard niet onnodig een voor velen moeilijk tijdstip te worden gekozen. Zon- en feestdagen en algemene vakantieperiodes dienen in het algemeen te worden ontzien, vooral als de te behandelen onderwerpen van dien aard zijn dat een zo groot mogelijk aantal besluitvormers zich daarover dient uit te laten, althans, naar te verwachten is, zal willen uitlaten; in die zin Pres. Rb. Arnhem 27 juni 1967, inzake de Veenendaalsche Stoomspinnerij en Weverij, bevestigd door Hof Arnhem

19 sept. 1967, NJ 1968, 126. Een onnodig op zulk een tijdstip belegde vergadering is in het algemeen ongeldig.

Zelfs het uur kan voor de geldigheid een rol spelen. Een onnodig bijv. in nachtelijke uren belegde vergadering zal in het algemeen licht ongeldig zijn.

Deelneming aan de vergadering

224. Het recht op deelneming aan de vergadering, aldaar het woord te voeren en stem uit te brengen, het belangrijkste zeggenschapsrecht van de aandeelhouder, mag niet worden beperkt doch wel nader geregeld. De statuten mogen bepalingen bevatten die aangeven wie slechts als gevolmachtigden kunnen optreden, dat aandelen tevoren moeten worden gedeponereerd of dat op andere wijze het aandeelhouderschap wordt bewezen, dan wel dat houders van aandelen op naam de directie schriftelijk op de hoogte dienen te stellen van hun voornemen om aan stemmingen deel te nemen¹. De strekking van deze regelingen is steeds een zo goed mogelijk verloop van de vergadering en een extra waarborg dat slechts rechthebbenden aan vergadering en besluitvorming deelnemen. Deze strekking moet goed in het oog worden gehouden. Onder omstandigheden moet van deze bepalingen kunnen worden afgeweken, als de strekking op andere wijze evenzeer tot zijn recht komt.

Zo mag de eis van deponering van aandeelbewijzen niet tot uitsluiting van deelneming aan de vergadering leiden, wanneer de betrokken aandeelhouder niet over zijn aandeelbewijzen beschikt doch wel op andere wijze zijn aandeelhouderschap kan bewijzen; HR 19 dec. 1952, NJ 1953, 464, in welk geval bewijs door overlegging van een reçu van strafrechtelijke deponering ter griffie ener rechtbank voldoende werd geacht.

Indien een statutaire bepaling, dat de gemachtigde van een aandeelhouder goedkeuring nodig heeft van het bestuur, de voorzitter of de aandeelhoudersvergadering om aan de vergadering te kunnen deelnemen, wordt gehanteerd met de enkele bedoeling uitoefening van aandeelhoudersrechten onmogelijk te maken, dan is er sprake van détournement de pouvoir en zijn de vergadering en de daarop genomen besluiten reeds krachtens strijd met de wet ongeldig, art. 44a K. Wordt de goedkeuring willekeurig geweigerd dan kán er sprake zijn van strijd met de goede trouw. In het algemeen zullen slechts zwaarwichtige argumenten voor een geldige weigering in aanmerking komen, nu de vergadering juist de gelegenheid bij uitstek is waar de bevoegdheden van de aandeelhouder tot hun recht kunnen komen.

Ook al neemt men aan dat een aandeelhouder voor eenzelfde aandeel niet én persoonlijk én middels een gemachtigde kan verschijnen², het medebrenge van een raadsman is onder omstandigheden geoorloofd in dier voege dat

1. Met Van der Grinten, NV 40, p. 14 nr. 16, aarzel ik of dit laatste niet te ver gaat.

2. Nr. 103.

weigering van die raadsman tot ongeldigheid van besluiten kan leiden. Ik denk hierbij vooral aan schorsing en ontslag van directeuren en commissarissen. Veelal zal zelfs het verloop van vergadering en besluitvorming door aan-
aanwezigheid van een raadsman gunstig beïnvloed worden. Vergelijk Rb. Haarlem 29 mei 1928, W 11926: het besluit van de algemene vergadering van een coöperatieve vereniging tot royement van een lid werd ongeldig verklaard, omdat zijn raadsman niet was toegelaten om hem te verdedigen, zulks terwijl hem de tegen hem ingebrachte c.q. in te brengen beschuldigingen niet eens bekend waren. In dit geval werd de fout nog versterkt, omdat het lid zelf ook niet aanwezig was en de raadsman dan ook reeds als gemachtigde had kunnen worden toegelaten.

Wanneer een directeur of commissaris geschorst is, kan niet in het algemeen gesteld worden dat hij ieder recht op bijwoning van vergaderingen verliest. De rechtsband met de vennootschap is nog niet verbroken. Zo zal hij het recht hebben om ter vergadering te verschijnen teneinde zich te verdedigen. Naar de omstandigheden zal met behulp van de goede trouw dienen te worden beslist, of deelneming aan enige vergadering nog is gerechtvaardigd ¹.

Ook al is aan alle bepalingen terzake oproeping, agenda, termijnen, plaats, tijdstip en deelneming voldaan, dan nog kan het onder omstandigheden een eis van goede trouw zijn, dat niet tot besluitvorming wordt overgegaan wegens afwezigheid van iemand voor wie het onderwerp van groot belang is. Dit doet zich natuurlijk slechts voor in die vennootschappen waar men elkaars belangen kent. Maar denkbeeldig is het zeker niet. Ook al kan bij ziekte of andere reden van verhinderings het recht op deelneming door een gemachtigde worden uitgeoefend, het is alleszins denkbaar dat de verhinderings eerst zo laat ontstaat dat het zenden van een gemachtigde niet meer mogelijk is. De aandeelhouder kan bovendien met de wettelijke of statutaire oproep onbekend zijn. Wanneer de overige aandeelhouders weten, dat het onderwerp van besluitvorming voor de betrokkene van groot belang is en zij geen reden hebben aan te nemen dat hij weloverwogen afwezig is, zal uitstel van besluitvorming in het algemeen een eis van goede trouw zijn, uiteraard slechts indien de omstandigheden uitstel toelaten.

De Hoge Raad heeft deze eis in het arrest inzake I.A.M./Mante van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 tot uitdrukking gebracht door te overwegen, dat ook indien aan alle formele vereisten is voldaan, toch de eisen van redelijkheid en billijkheid, die aandeelhouders jegens elkander in acht hebben te nemen, onder omstandigheden kunnen meebrengen, dat een algemene vergadering niet tot besluitvorming overgaat over een onderwerp waarbij de belangen van een bepaalde aandeelhouder in bijzondere mate zijn betrokken, alvorens te hebben nagegaan of die aandeelhouder genoegzaam in de gelegenheid is gesteld aan de besluitvorming deel te nemen.

1. Van der Grinten. NV 30, p. 77-78.

Vergelijk ook Pres. Rb. Groningen 23 mei 1953, NJ 1953, 419:

Daar werd het besluit van het bestuur tot onttrekking van velerlei rechten aan een waarnemend beheerder ener coöperatieve vereniging ongeldig geoordeeld, onder meer omdat bij het nemen van het besluit de voorzitter niet ter vergadering aanwezig was, de drie wel aanwezige leden slechts zeven dagen bestuurslid waren en vrijwel alle bestuurservaring misten en de commissarissen niet aanwezig waren, alhoewel bekend was dat zij de bestuursvergaderingen plachten bij te wonen sedert er moeilijkheden in het bedrijf waren (De aanwezigheid van voorzitter en commissarissen was statutair niet voorgeschreven).

Het recht het woord te voeren strekt zich slechts uit tot agendapunten. De voorzitter kan dit recht beperken, als de deelnemer voldoende gelegenheid heeft gehad zijn standpunt uiteen te zetten, buiten de orde gaat, enz. Onder omstandigheden kan een besluit ongeldig zijn, wanneer in redelijkheid niet voldoende gelegenheid tot het woord voeren heeft bestaan. Een essentieel element van een vergadering is nu eenmaal het uitwisselen van gedachten, het debat. Daarom dan ook bestaat er bij sommigen bezwaar tegen de zogenaamde papieren vergadering.

Leiding van de vergadering

225. De statuten kunnen regels geven met betrekking tot de leiding van vergaderingen. Bij gebreke daarvan dient de vergadering zelf in de leiding te voorzien. De aanwijzing van de voorzitter geschiedt bij besluit, dat evenzeer als elk ander besluit aan eisen van goede trouw moet voldoen. Benoeming van een voorzitter, van wie met redelijke zekerheid bekend is dat hij geen capaciteiten tot het leiden van een vergadering heeft, tengevolge waarvan redelijkerwijs is te verwachten dat aan de vergaderrechten van bepaalde groepen tekort wordt gedaan, zal in het algemeen ongeldig zijn. Besluiten in zulk een vergadering tot stand gekomen kunnen daardoor aan ongeldigheid wegens strijd met de goede trouw lijden.

In zijn leiding dient de voorzitter de goede trouw ten opzichte van iedere deelnemer in acht te nemen. Hij dient er voor te waken, dat iedere deelnemer naar behoren aan de beraadslaging en besluitvorming kan deel hebben, dat met name een oppositie niet de mond wordt gesnoerd. Is daarvan sprake, dan kan een besluit wegens strijd met de goede trouw daardoor ongeldig zijn.

Toch kan de voorzitter onder omstandigheden geldig beslissen, dat over een bepaalde kwestie bij voorafgaande agendapunten reeds dermate is gesproken, dat beraadslaging over een volgend agendapunt, waarin materieel dezelfde kwestie aan de orde is, niet meer behoeft te worden toegestaan; HR 4 maart 1960, NJ 1962, 6 over een geval, waarin het enige doel van de vergadering was en alle agendapunten betrekking hadden op een statutenwijziging. Van belang zal hierbij echter vooral zijn, dat de deelnemers begrijpen of redelijkerwijze moeten begrijpen, dat materieel dezelfde kwestie aan de orde is. Zie ook

Pres. Rb. Rotterdam 8 sept. 1936, NJ 1937, 783: stemming over een voorstel tot opheffing van schorsing van een directeur kan geldig plaats vinden vóór stemming over het voorstel tot (goedkeuring of voortzetting van de) schorsing, wanneer de vergadering deze volgorde prefereert.

De voorzitter is bevoegd de vergadering te schorsen, mits die schorsing een slechts betrekkelijk korte tijd duurt waardoor de samenhang van de vergadering niet verloren gaat ¹. Wordt bij de schorsing echter onvoldoende met de belangen van bepaalde groepen deelnemers rekening gehouden, dan kan die schorsing ongeldig zijn; Rb. Amsterdam 27 juni 1933, NJ 1934, 1073. Is daarvan sprake, dan kan de vergadering geldig worden voortgezet en kunnen geldig besluiten worden genomen zonder de leiding van de betreffende voorzitter, mits in de benoeming van een nieuwe voorzitter op statutair juiste wijze wordt voorzien.

De voorzitter is niet bevoegd de vergadering te sluiten voordat de agenda is afgewerkt, tenzij de vergadering zelf daartoe beslist ². Onjuist lijkt mij dan ook het vonnis van Pres. Rb. Arnhem van 15 juni 1923, NJ 1923, 1341:

De voorzitter, president-commissaris, verwachtte van een groep aandeelhouders grote oppositie en verzocht daarom een advocaat hem als voorzitter op de algemene vergadering van aandeelhouders bij te staan. De vergadering weigerde echter die advocaat toe te laten. De president-commissaris sloot daarop terstond de vergadering, dus nog voordat overigens enig agendapunt aan de orde was geweest, en vertrok met de directeur. De achtergebleven aandeelhouders (minder dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigend) zetten de vergadering voort. In kort geding achtte de president de vroegtijdige sluiting echter niet in strijd met de goede trouw en de voortzetting van de vergadering derhalve ongeldig. Uit het vonnis blijkt niet van enige dringende reden voor de voorzitter, anders dan de te verwachten oppositie, om zich in de leiding van de vergadering van een raadsman te voorzien.

Het komt mij voor, dat de vergadering niet zonder meer in strijd met de goede trouw handelde door de advocaat de toegang te ontfagen, zodat de voorzitter de vergadering niet had mogen sluiten. Hem stond toch altijd de mogelijkheid van schorsing ten dienste teneinde advies te gaan vragen.

Van een onjuist vroegtijdige sluiting van de vergadering heeft de praktijk nog onlangs een voorbeeld gegeven bij Lijempf N.V.³. Op het hoogtepunt van de discussie, waarin de meerderheid der aanwezige aandeelhouders het bestuur en de commissarissen het vuur na aan de schenen legde, kapte de voorzitter de vergadering plotseling af, alhoewel de meerderheid voortzetting wenste ter bespreking van en ter stemming over een motie, die de leiding kennelijk niet erg welgevallig was. In dit geval had de meerderheid de vergadering gelden kunnen voortzetten ter afhandeling van de agenda, mits in het voorzitterschap op statutair juiste wijze werd voorzien.

1. Zie ook nr. 104.

2. Zie ook nr. 104.

3. De Tijd 9 aug. 1967, p. 7; Coebergh, NV 45, p. 143-144.

Ook al sluit de voorzitter de vergadering overeenkomstig de wil van de meerderheid, dan nog kan die sluiting ten opzichte van de minderheid ongeldig zijn, wanneer daarbij onvoldoende rekening met haar belangen wordt gehouden. Het lijkt mij verdedigbaar dat, wanneer daarvan sprake is, ook de minderheid de vergadering geldig kan voortzetten en daarin geldig besluiten kan nemen over de agendapunten, mits in de leiding op statutair juiste wijze wordt voorzien.

Kwesties als deze doen zich praktisch alleen voor bij vergaderingen van aandeelhouders. Bij vergaderingen van andere organen ligt het echter principieel gelijk.

Oligarchische clauses

226. Statutaire oligarchische clauses, die voor de geldige vorming van bepaalde besluiten voorwaarden stellen zoals voordracht door andere organen of eventueel zelfs door personen buiten de vennootschap, mogen niet leiden tot volledige verijdeling van besluitvorming, wanneer besluitvorming is geboden. Er zijn nu eenmaal bepaalde besluiten die genomen moeten worden, zoals benoeming van een directeur als het gehele bestuur vacant is. Indien dan de voordracht binnen de statutaire termijn of, indien de statuten geen termijn regelen, binnen een redelijke termijn achterwege blijft, kan het orgaan geldig tot besluitvorming overgaan. Het niet doen van enige voordracht is in strijd met de goede trouw. Men kan stellen dat de voorwaarde voor de geldigheid, de voordracht, dan wordt geacht te zijn vervuld.

Wordt wel een voordracht gedaan, dan dient dit overeenkomstig de objectieve goede trouw te geschieden. Worden personen voor een benoeming voorgedragen die daarvoor krachtens wet (bijv. een vennootschap onder firma ¹⁾) of statuten (bijv. wanneer daarin een bepaalde leeftijd wordt gevergd) niet in aanmerking komen, dan is die voordracht wegens strijd met wet of statuten ongeldig en kan worden beschouwd als niet gedaan. Maar ook al is aan alle eisen van wet en statuten wél voldaan, doch zou de voorgestelde persoon door geen redelijk handelend orgaan onder gelijke omstandigheden worden voorgedragen, dan ontbeert de voordracht eveneens geldigheid. Zulk een voordracht mag als gedaan in strijd met de goede trouw worden gepasseerd.

Ik herinner in dit verband aan hetgeen ik in hoofdstuk I paragraaf 2 heb geschreven over het begrip orgaan, met name dat iemand die krachtens de statuten bevoegd is bijv. een commissaris te benoemen – ook al is dat zijn enige bevoegdheid – orgaan van de vennootschap is. In dat kader heb ik de minister van economische zaken, met betrekking tot zijn bevoegdheid van regeringscommissaris van Hoogovens te benoemen, orgaan van Hoogovens genoemd. In de statuten van Hoogovens staat, dat tenminste tweederde van het aantal

1. Handboek, nr. 246.

commissarissen de Nederlandse nationaliteit moet bezitten. Wanneer nu reeds eenderde van het aantal commissarissen de Nederlandse nationaliteit mist, is de benoeming van een regeringscommissaris-niet-Nederlander ongeldig wegens strijd met de statuten. Doch al is aan deze statutaire eis wel voldaan maar kan de regeringscommissaris om andere redenen redelijkerwijze niet worden beschouwd als een goed commissaris, dan is (het besluit van de minister tot) benoeming van die persoon ongeldig wegens strijd met de goede trouw.

Is voor de geldigheid van een besluit goedkeuring van een ander orgaan of van een derde nodig, dan geldt in beginsel hetzelfde als met betrekking tot een voordracht. Het verschil is eigenlijk alleen maar technisch, goedkeuring kan vóór of ná het besluit worden verleend, terwijl een voordracht er steeds aan vooraf moet gaan. Is het nemen van een besluit noodzakelijk, dan het verlenen van goedkeuring evenzeer. Weigering van goedkeuring in strijd met de goede trouw heeft tot gevolg, dat het besluit ook zonder goedkeuring geldig is, uiteraard mits het overigens aan alle eisen voldoet.

§ 5 ONGELDIGHEID WEGENS INBREUK OP DE GOEDE TROUW LEIDT TOT Vernietigbaarheid van het besluit

227. Nietigheid (van rechtswege) past hier niet. Ongeldigheid wegens strijd met de goede trouw is een ongeldigheid wegens schending van een behartigenswaardig belang. De belanghebbende heeft de vrijheid op die schending al dan niet een beroep te doen. Deze ongeldigheid is dan ook een vernietigbaarheid¹.

De wet leert ons over de gevolgen van ongeldigheid bij strijd met de goede trouw niets. Art. 46a lid 2 K, het enige artikel dat iets over ongeldigheid van besluiten zegt, regelt immers niet meer dan dat wettelijke of statutaire gebreken in de wijze van totstandkomen en de vereiste medewerking van besluitvormers tot vernietigbaarheid van het aandeelhoudersbesluit leiden². De in de jurisprudentie gebruikte terminologie mag niet van beslissende betekenis worden geacht vanwege het slordige gebruik daarvan. Bovendien is in alle gevallen die tot een rechterlijke uitspraak hebben geleid een beroep op bevoegde ongeldigheid gedaan, zodat het niet van praktisch belang was of het besluit nu nietig verklaard dan wel vernietigd werd.

In het nieuwe BW wordt iedere twijfel uitdrukkelijk uitgesloten. Krachtens art. 2.1.8a 1 volgt bij strijd met de goede trouw vernietigbaarheid van het besluit.

1. Van der Grinten, preadvies VBN, p. 16; Handboek, nr. 224.

2. Hoofdstuk II, paragraaf 3.

§ 6 MARGINALE TOETSING

228. De laatste jaren wordt in verband met de toetsing van besluiten aan de eisen van de goede trouw nogal gebruik gemaakt van de term marginaal. Ongetwijfeld is dat gebeurd onder invloed van de artikelen van Borst¹. Bij lezing en herlezing van deze en andere artikelen komt het mij echter voor, dat aan het begrip marginale toetsing een enigszins overtrokken betekenis wordt gehecht. De term wordt nergens in de jurisprudentie gebruikt, alleen in de juridische literatuur komt men hem tegen, voorzover bekend het eerst bij Van Wijk².

Met het gebruik van het begrip marginale toetsing bedoelt men aan te geven, dat de rechter bij de toetsing van een rechtshandeling de steller van die handeling een zekere mate, een marge, van vrijheid toekent en niet beoordeelt of van die vrijheid een doelmatig gebruik is gemaakt, doch slechts of de grenzen van de rechtmatigheid zijn overschreden. De discussie over deze wijze van toetsen bestond reeds lang vóór de rede van Van Wijk³ en is vooral gevoerd naar aanleiding van de jurisprudentie over het bindend advies en de onrechtmatige overheidsdaad.

Het door twee contractspartijen aan een derde verzochte bindend advies gaat deel uitmaken van de overeenkomst en bepaalt (nader) hun contractuele rechten en plichten. Wat echter, wanneer het advies niet redelijk is? Wanneer zijn zij er nog wel aan gebonden en wanneer niet meer? Of het advies al dan niet redelijk is, zal dikwijls moeilijk zijn vast te stellen en is een kwestie van waardering aan de hand van de omstandigheden. De materie kan zo ingewikkeld zijn, dat het voor een rechter moeilijk is te beoordelen wat er nu goed en niet goed aan is. Bovendien mag niet iedere onvolmaaktheid in het advies tot gevolg hebben, dat de partijen daaraan niet zijn gebonden.

Aanvankelijk behielp men zich met termen als kennelijk onjuist, klaarblijkelijk in strijd met de billijkheid, enz.⁴. Bij arrest van 29 jan. 1931, NJ 1931, 1317 heeft de Hoge Raad een formulering gekozen die sedertdien veelal wordt gehanteerd: partijen zijn niet aan het advies gebonden wanneer dit hetzij uit hoofde van zijn inhoud hetzij uit hoofde van de wijze waarop het is tot stand gekomen zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat de ene partij in strijd met de goede trouw handelt door de ander aan het advies gebonden te willen houden. De eisen van de goede trouw, die de partijen ook met betrekking tot het bindend advies ten opzichte van elkaar in acht hebben te nemen, zijn door de Hoge Raad dus geobjectiveerd. Dat wil zeggen, niet van belang is hoe deze partijen of de rechter daar tegenover staan, doch hoe redelijk oordelende contractspartijen onder gelijke omstandigheden zouden

1. P. Borst, WPNR 4735-4736-4737.

2. H. D. van Wijk, Voortgaande terugtred, rede Amsterdam 1959, p. 3.

3. Meijers, WPNR 2422.

4. Meijers, WPNR 2422.

oordelen en handelen. Deze opvatting van de Hoge Raad is een logische consequentie van het feit dat de goede trouw in de art. 1374 en 1375 BW eveneens objectief dient te worden verstaan.

Deze objectivering bij de toepassing van normen van ongeschreven recht treft men ook aan in de jurisprudentie over de onrechtmatige overheidsdaad. Op 13 nov. 1936, NJ 1937, 182 overwoog de Hoge Raad, dat door de overheid eerst dan onrechtmatig is gehandeld, wanneer een gedragslijn is gevolgd die redelijkerwijze niet meer is te beschouwen als uitvloeisel van afweging door haar organen van de hun toevertrouwde belangen. En op 25 feb. 1949, NJ 1949, 558, dat willekeur van de overheid moet worden aangenomen, wanneer de handelende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot die handeling had kunnen komen, zodat de afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad; in casu deed zich dat echter niet voor, nu de rechter het voor mogelijk hield dat redelijk denkende mensen bij afweging der belangen tot verschillend resultaat kwamen.

Zowel bij het uitbrengen van een bindend advies als bij het handelen van de overheid wordt dus door de rechter een zekere mate van vrijheid erkend, waarin hij bij zijn toetsing niet treedt. Deze objectivering in de toetsing treft men echter evenzeer op velerlei ander terrein aan.

Wanneer een rechter moet beoordelen of een bepaalde gedraging een buitensporigheid in een huwelijk oplevert¹, onderzoekt hij niet of hijzelf zulk een gedraging in zijn huwelijk buitensporig zou vinden, ook niet of de litigieuze partijen daar zo over dachten, doch of in het algemeen redelijk oordelende echtgenoten naar de staat en stand van de betrokken partijen onder gelijke omstandigheden daar zo over zouden denken. Komt hij tot de bevinding dat onder deze fictieve beoordelaars verschil van opvatting mogelijk is, dan dient hij de vordering af te wijzen. Hij toetst de gedraging dus niet aan zijn subjectieve norm, ook niet aan de subjectieve norm van de partijen, doch aan een objectieve norm.

Hetzelfde geldt wanneer een rechter moet beoordelen of bijv. een erfdienstbaarheid is verzwaaard, een boedelscheiding te goeder trouw is uitgevoerd of een opdracht naar behoren is vervuld. Telkens toetst hij aan objectieve normen.

De erkenning van een zekere mate van vrijheid, waarin de rechter bij zijn toetsing niet treedt, treft men in de jurisprudentie ook aan met betrekking tot de besluitvorming.

Zo overweegt de Hoge Raad in het tweede Baus/De Koedoe-arrest van 21 mei 1943, NJ 1943, 484, dat een gerechtigde tot de winst ener naamloze vennootschap is gebonden aan de vaststelling dier winst door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij die vaststelling is geschied in strijd

1. De wettelijke bepaling om geen buitensporigheden te begaan is niets anders dan een met andere woorden geregelde verplichting in het huwelijk te goeder trouw te handelen.

met de goede trouw, waarvan sprake is indien de vennootschap bij die vaststelling een gedragslijn heeft gevolgd, welke onder de gegeven omstandigheden geen redelijk handelende vennootschap ten opzichte van haar winstgerechtigde kan volgen. En overweegt het Hof Amsterdam in HR 9 jan. 1953, NJ 1953, 460, dat onder de gegeven omstandigheden zeker niet gezegd kan worden, dat de naamloze vennootschap een gedragslijn heeft gevolgd, welke geen redelijk handelende vennootschap tegenover een tantiëmist kan volgen.

Zo leest men voorts in het arrest van het Hof Leeuwarden in de zaak van Scholten's Aardappelmeelfabrieken, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434, dat commissarissen en directie vrijheid van beslissen hadden terzake uitgifte van aandelen, terwijl niet is gebleken dat hun oordeel door geen redelijk mens in overeenstemming met de redelijkheid kan worden geacht. En in het arrest van het Hof Amsterdam in de zaak van de R.C.M.A., in HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433, dat het een vraag van beleid van directie en commissarissen is of het kapitaal zal worden uitgebreid, en dat zij onder de gegeven omstandigheden tot het besluit konden komen. Tenslotte besliste het Hof Arnhem op 24 dec. 1963, NJ 1964, 232, dat de eiser niet had aangetoond dat geen redelijk handelende vennootschap een pensioenbesluit als het onderhavige zou nemen ¹.

De objectivering bij toetsing aan normen van ongeschreven recht is hier en daar ook reeds in de wet vastgelegd. Te wijzen is hierbij op art. 1639 lid 1 BW terzake het 'kennelijk' onredelijke ontslag, en art. 5 Wet Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie, bepalende dat beroep van besluiten en handelingen der administratie kan worden ingesteld, onder meer terzake dat het lichaam bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit of de handeling had kunnen komen ². Ook in art. 7 inleidende titel nieuw BW vinden we sporen hiervan terug ³.

Wat is nu de grondslag van deze objectivering, van de marginale toetsing? Borst onderzoekt vooral het zogenaamde groepsrecht en baseert de marginale toetsing dan op de juridische soevereiniteit van het samenlevingsverband ⁴. Van der Grinten spreekt van gezag, van autonomie ⁵, waarmede hij waarschijnlijk hetzelfde bedoelt als Borst. Die autonomie erkent hij echter slechts ten aanzien van de inhoud van het besluit, niet ten aanzien van de wijze van totstandkomen ⁶. Macijer brengt hierin een verdere differentiatie aan. Hij ziet

1. Als lagere jurisprudentie is nog te noemen Rb. Maastricht 6 okt. 1932, NJ 1933, 420; Rb. Rotterdam 16 juni 1933, W 12667; en Pres. Rb. Rotterdam 8 sept. 1936, NJ 1937, 783.

2. Zie voor verdere vindplaatsen Borst, WPNR 4735.

3. 'Bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.'

4. WPNR 4736.

5. *Ars Aequi* XII, p. 224-225; Handelen te goeder trouw, in *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr B. H. D. Hermesdorf*, 1965, p. 169.

6. *Ars Aequi* XII, p. 224-225; *Handboek*, nr. 224.

het gezag als grondslag voor de marginale toetsing slechts bij besluiten van bestuur en commissarissen; bij aandeelhoudersbesluiten is het gelegen in het recht van de aandeelhouder om bij besluitvorming zijn belang te dienen ¹. A. van Oven tenslotte zoekt de rechtsgrond niet in een gezagslement, doch in het feit dat de organen zich bij de uitoefening van de hun toevertrouwde beleidstaak door het vennootschapsbelang moeten laten leiden, hetgeen noodzakelijkerwijs een zekere vrijheid van oordeel veronderstelt omtrent de vraag hoe men dit belang moet zien en wat dit belang met zich meebrengt. Hij komt hierbij echter voor de moeilijkheid, dat aandeelhouders zich bij het stemmen door hun eigen belang mogen laten leiden en kan daarmee marginale toetsing niet rijmen ².

Ik zou het aldus willen zien. Iedere toetsing van een rechtshandeling, zoals het besluit, aan normen van ongeschreven recht, zoals de goede trouw, is essentieel slechts marginaal. Er is daarbij geen onderscheid tussen marginale en integrale toetsing. Er is maar één vorm van toetsing. En dat zowel ten aanzien van de inhoud als ten aanzien van de wijze van totstandkomen, ongeacht door welk orgaan het besluit is genomen.

Bij beoordeling van een beweerde buitensporigheid, verzwaring van een erfdienstbaarheid, onjuistheid bij boedelscheiding of wanprestatie, kent de rechter de betrokkenen steeds een zekere mate van vrijheid toe. Echtelieden hebben nu eenmaal het recht hun huwelijk te beleven zoals zij dat willen, mits binnen de grenzen van het geschreven en ongeschreven recht; ieder gebruikt een erfdienstbaarheid op de voor hem eigen wijze, enz. Over elke materie is verschil van opvatting mogelijk. Naarmate deze materie moeilijker wordt, meer kennis van de betrokkenen vergt, meer inzicht in de belangenafweging vereist, wordt de toetsing voor ieder ander en derhalve ook voor de rechter moeilijker. Hij zal zich dan steeds meer moeten distantieëren, de grenzen waarbinnen hij verschil van opvatting mogelijk acht steeds ruimer moeten trekken. De grens, die hij uiteindelijk moet aanhouden, ligt daar waar voor redelijk oordelende echtgenoten, burens, erven, contractspartijen, bestuurders, commissarissen, aandeelhouders of overheidsinstanties onder gelijke omstandigheden geen verschil van opvatting meer mogelijk is.

Bij toetsing van een beweerde buitensporigheid zal het voor de rechter veelal niet zo moeilijk zijn. Huwelijks- en gezinsbetrekkingen kent praktisch iedereen, het toetsen van gedragingen aan de in het huwelijk algemeen geldende rechtsbeginselen is tamelijk uitgebalanceerd. De belangen die de echtgenoten bij hun handelen moeten afwegen kan de rechter vrij makkelijk overzien. Hij zal de vorenbedoelde grens dan ook vrij nauwkeurig kunnen trekken en de vrije marge, waarbinnen nog over de rechten en plichten van echtgenoten van mening kan worden verschild, klein kunnen houden.

Moet hij daarentegen een gedraging van de overheid toetsen, dan staat hij

1. Rede, p. 23; NV 42, p. 170.

2. WPNR 4958.

voor een veel moeilijker taak. De materie die de overheid heeft te verzorgen kan hij niet goed overzien, de belangenafweging van de overheid kan hij niet licht beoordelen. Over het overheidsbeleid is nogal makkelijk verschil van opvatting mogelijk, mede afhankelijk van nationale en internationale politieke inzichten. Daar zal hij de grenzen dus veel ruimer moeten trekken. In wezen is de toetsing echter gelijk aan die van een beweerde buitensporigheid.

Bij toetsing van besluiten van organen van een naamloze vennootschap ligt het essentieel niet anders. Ook daar zal hij de organen meer vrijheid toekennen naarmate de materie moeilijker is, de belangenafweging complexer en daardoor voor hem minder inzichtelijk. Het beleid van bijv. bestuur en commissarissen terzake reservering of kapitaaluitbreiding zal hij niet licht kunnen beoordelen, afhankelijk als het is van bedrijfseconomisch inzicht, gespecialiseerde marktverhoudingen en industriële ontwikkelingen. Hij zal ook hier de grens ruim trekken, voordat hij het punt bereikt waarop redelijkerwijze geen verschil van opvatting meer mogelijk is.

Men mag dit soevereiniteit, autonomie of gezag noemen, men mag het speciaal ten aanzien van aandeelhouders uitvloeisel noemen van het recht om hun eigenbelang in de vennootschap te dienen, men mag het ten aanzien van andere organen de consequentie noemen van de plicht zich (primair) door het vennootschappelijk belang te laten leiden. Het is niets anders dan het erkende, doch in de ene situatie meer en in de andere minder begrensde, verschil van opvatting bij de belangenafweging die het handelen bepaalt. Overal waar betrokkenen belangen moeten afwegen, is de toetsing essentieel slechts marginaal. Nu goede trouw belangenafweging vergt ¹, is toetsing aan normen van goede trouw altijd marginaal. De marginale toetsing is dus gebaseerd op belangenafweging.

Dit impliceert, dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen toetsing naar inhoud en naar wijze van totstandkomen van een besluit. Bij de laatste toetsing is alleen de vrije marge veel geringer, omdat de belangenafweging met betrekking tot de wijze van totstandkomen zich over een beperkter gebied uitstrekt. Deze toetsing is daarom slechts ogenschijnlijk minder marginaal of zelfs ogenschijnlijk niet marginaal.

Het lijkt alsof de Hoge Raad in het arrest van 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 in de zaak I.A.M./Mante de wijze van totstandkomen integraal toetst. De oorzaak hiervan is, dat de overschreden grens makkelijk was vast te stellen. Ook indien wet of statuten individuele oproeping niet dwingend voorschreven had Mante, gezien het voor haar grote belang dat bij de besluitvorming was gemoeid, tijdig verwittigd moeten worden, aldus de Hoge Raad. Dat was in ieder geval niet gebeurd, verder onderzoek was niet nodig. Maar als Mante nu eens wel persoonlijk was opgeroepen, dan had het onderzoek verder moeten gaan om de grens (nog) nauwkeuriger vast te stellen. Was dan de oproeping tijdig gebeurd, aan het goede adres, met voldoende inhoud? Dit zijn

1. Paragraaf 1 van dit hoofdstuk.

allemaal aspecten waarbij ook de goede trouw haar rol speelt. Binnen de – thans overschreden – grens zou dan alleszins nog verschil van opvatting mogelijk geweest zijn in verband met de afweging van de dan relevante belangen (bijv.: was het te behandelen onderwerp zó belangrijk, dat het oproepend orgaan niet alleen Mante persoonlijk moest oproepen, maar ook moest controleren of zij de oproep had ontvangen en begrepen). En zodra besluitvorming belangenafweging vergt, is toetsing essentieel marginaal.

Een ander voorbeeld. Toetsing van een besluit naar de inhoud van de oproep is toetsing naar de wijze van totstandkomen¹. Bij de ene vennootschap kunnen geheel andere eisen worden gesteld aan de inhoud van de oproep dan bij de andere, bij de open vennootschap andere dan bij de besloten. In het ene geval heeft het oproepend orgaan andere plichten dan in het andere geval. Die plichten worden nader door normen van goede trouw aangeduid. De toetsing aan die normen is marginaal.

229. Nadat dit werk reeds ter perse was gegaan, verschenen in WPNR 5024-5027 enige nieuwe artikelen van Borst onder de titel 'Problemen en perspectieven van de marginale toetsing'. Ook met deze artikelen heeft Borst mij niet van mening doen veranderen.

1. Nr. 100, 127 en 220.

Sommaire

Dans le chapitre I quelques observations générales ont été consacrées au caractère juridique de la société anonyme (s.a.), au caractère juridique de la décision et à la notion d'organe tandis qu'en outre quelques distinctions importantes y ont été établies.

Auparavant la s.a. était considérée comme une forme particulière de société et fut dès lors forcée dans le moule d'une convention obligatoire telle que prévue dans le troisième livre du Code Civil. Cette façon de voir les choses avait pour effet d'attribuer à l'assemblée générale des actionnaires le pouvoir suprême dans la s.a., c. à d. que les autres organes empruntaient leurs pouvoirs à l'assemblée des actionnaires et lui étaient subordonnées. On reconnaît cependant actuellement que la s.a. est une institution juridique de nature sociale propre, une personne distincte dont la subsistance et les agissements ne dépendent plus que relativement de la volonté des fondateurs et des actionnaires ultérieurs. Cette dépendance est relative, puisque d'autres organes acquièrent des droits qu'ils peuvent exercer le cas échéant contre le gré des actionnaires, tandis que les actionnaires sont tenus de respecter dans leurs délibérations certains intérêts essentiels de tiers. Cette nouvelle tendance a été concrétisée par l'arrêt de la cour suprême néerlandaise (Hoge Raad) du 21 janvier 1955, NJ 1959 no. 43 dans l'affaire „Forumbank”.

Le caractère juridique de la décision comme acte juridique émanant des organes a donné lieu à l'élaboration de nombreuses théories. Dans ce chapitre plusieurs conceptions ont été examinées mais rejetées. Il n'est pas nécessaire de forcer la décision dans le moule d'un système familial. La décision est en effet un acte juridique de caractère social propre qu'on ne peut réduire et qui n'a pas besoin d'être limité à un acte juridique plus vaste. La décision emprunte son pouvoir obligatoire au droit qui régit la personne morale et qui la domine en tant qu'organisation juridique. Ce droit trouve son origine dans les règles juridiques applicables à toutes les s.a., dans les statuts et la bonne foi objective.

L'auteur entend par organe la personne ou le collège compétent en vertu

de la loi ou des statuts pour régler de manière autonome et obligatoire les rapports juridiques dans la s.a. A cet égard il ne fait pas de distinction selon l'effet intérieur ou extérieur de l'acte juridique dont émane cette mesure. Il recherche plus spécifiquement quelles personnes ou quels collègues sont à considérer comme organes de la s.a. En même temps la différence entre l'organe constitué par une seule personne ou par plusieurs personnes a fait l'objet d'un examen ainsi que la différence essentielle entre la position et la fonction de la direction et des commissaires d'une part et celles de l'assemblée des actionnaires d'autre part.

Selon l'effet obtenu l'auteur distingue les décisions internes, externes directes et externes indirectes. Par sa nature la décision est un acte juridique interne de la s.a. et a par conséquent toujours un effet interne. Il se peut cependant aussi qu'elle ait un effet externe – soit directement soit indirectement. Selon l'évaluation de la non-validité de la décision l'auteur a distingué la non-validité essentielle ou formelle. En cas de non-validité essentielle on a pensé à un vice du contenu, en cas de non-validité formelle à un défaut de formation. Dans la première éventualité l'organe délibérant n'est pas compétent pour en connaître et il faut distinguer l'éventualité où nul autre organe ne possède cette compétence et celle où c'est précisément un autre organe qui a cette compétence.

Dans la deuxième éventualité il faut distinguer le vice pour insuffisance de voix valables du vice pour autres déficiences de forme comme ceux qui concernent les délais de convocation ou le contenu de l'ordre du jour. Les distinctions selon l'évaluation ont été développées dans les chapitres III à VI inclus.

Le chapitre II contient des considérations générales sur les notions de validité, nullité, annulabilité et inexistence. Dans la mesure du possible l'examen a pour point de départ le principe plus large de non-validité, mais là où le besoin s'en fit sentir la distinction fut faite entre nullité et annulabilité. Ces principes ont été précisés. Si les effets visés par les personnes agissantes sont admises en droit, l'acte est valable en droit et devient de ce fait un acte juridique. Au fond on n'a pas besoin d'y ajouter le prédicat valable.

Si les effets visés par les personnes agissantes ne sont pas admises en droit – parce qu'il n'a pas été satisfait à une des exigences du droit – l'acte est nul en droit. Il faut distinguer mais non séparer de la nullité l'annulabilité, celle-ci étant une nullité conditionnelle, subordonnée à la condition d'être soulevée. La nullité n'ayant pas été soulevée l'acte juridique passe pour valable. Le principe de non-existence n'a pas de signification indépendante. Non-existence et nullité sont deux mots pour un même principe.

Comme tout acte juridique la décision peut être nulle pour cause d'incompatibilité avec le droit régissant cette décision. En raison de cette incompatibilité

la décision peut être attaquée quel que soit l'organe dont elle émane. Ceci ne se fonde pas sur l'article 46a Code de Commerce mais découle plutôt du principe général selon lequel toute personne intéressée peut soulever le vice d'un acte juridique qui le concerne. Pour être valable il faut qu'une décision satisfasse aux critères de l'ordre public et des bonnes moeurs, à la loi, aux statuts et aux normes de la bonne foi tant pour le contenu que pour sa genèse. Toutes les causes de non-validité que connaît la pratique sont à ranger parmi l'une de ces quatre catégories. L'auteur expose spécialement que le détournement de pouvoir n'est autre chose qu'une contravention à la loi ou aux statuts et que l'arbitraire n'est autre chose que la contravention aux normes de la bonne foi.

On a tendance à exagérer la portée de l'article 46a Code de Commerce. Cet article a pour seul but de régler la possibilité d'attaquer une décision des actionnaires pour vices de forme, c. à d. des vices dans la façon de former la décision; et notamment des défauts pour incompatibilité aux lois et aux statuts. Le premier paragraphe de cet article n'a pas de signification indépendante de son contexte. Il n'a été inséré dans la loi que pour instaurer expressément la possibilité d'invoquer la non-validité par une action indépendante, c. à d. sans action complémentaire ou sans qu'on soit obligé de soulever le moyen en guise de défense. Les paragraphes 2 et 3 ne règlent que les délais d'introduction de l'action en non-validité.

Dans les chapitres III à VI inclus l'auteur examine les cas dans lesquels une décision n'est pas ou ne peut pas être valable pour avoir manqué aux préceptes de l'ordre public et des bonnes moeurs, à la loi, aux statuts ou aux normes de la bonne foi. Au cours de cet examen il a chaque fois exposé préalablement ce qu'il faut entendre par ces principes. Ensuite la non-validité *ratione materiae* et la non-validité pour vice de forme ont été traitées. Chaque fois finalement l'auteur a déterminé si la non-validité relève de la nullité ou de l'annulabilité.

Au chapitre III l'auteur expose que les cas de contravention à l'ordre public et aux bonnes moeurs ne se présentent que rarement. Est contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs toute décision ayant pour but soit de contrevenir aux principes fondamentaux de notre organisation sociale, soit de donner lieu à des suites incompatibles avec l'ordre public et les bonnes moeurs ou permettant des conséquences incompatibles avec l'ordre public et les bonnes moeurs. On pourrait en dire autant des décisions ayant pour but de nuire aux intérêts de la s.a., des actionnaires ou des tiers.

Dans le chapitre IV les cas de contravention à la loi sont examinés. La contravention aux dispositions légales du droit commun ne se présente quasi jamais sauf en ce qui concerne le troisième livre du Code Civil néerlandais,

notamment l'article 1377 (*actio Pauliana*). En pratique cependant on ne voit que rarement cet article appliqué aux décisions, parce que l'appel à la bonne foi donne en général le même résultat et offre parfois même plus de possibilités. La contravention aux dispositions de la loi du droit social est plus fréquente.

Les limites des compétences de l'assemblée générale des actionnaires, de la direction et du conseil des commissaires ont été énoncées en grands traits dans la loi; en ce qui concerne les autres organes, rien n'a été prévu. Quant aux compétences de l'assemblée générale des actionnaires il faut faire les distinctions suivantes: a. les attributions essentielles, b. les autres attributions non transmissibles, c. les attributions transmissibles, et d. les autres attributions que la loi ne prévoit pas. Ces compétences ont été précisées. En vertu de l'article 47 Code de Commerce il appartient à la direction – sauf dérogation par les statuts – de gérer les affaires, d'administrer la fortune et de représenter la société en justice et hors de justice. Plusieurs articles précisent la tâche de la direction. La tâche des commissaires n'a été réglée qu'occasionnellement dans la loi. Le fait d'empiéter sur les attributions d'un autre organe amène en principe la non-validité de cette décision, peu importe que la compétence soit statutairement transmissible à un autre organe ou non. Dans l'arrêt de la cour suprême néerlandaise du 21 janvier 1955 NJ 1959 no. 43 dans l'affaire „Forumbank” les divers organes ont été nettement renvoyés à leurs propres attributions. Dans ce chapitre ce principe a été illustré par des exemples.

L'aperçu des cas de décisions contraires aux statuts qu'on trouve dans le chapitre V, est précédé d'un traité de l'interprétation des statuts. Il faut retenir que les statuts ayant force de loi objective – l'interprétation doit en être faite selon des critères objectifs. En principe il faut chercher la signification des dispositions statutaires sans tenir compte de l'intention des auteurs de ces dispositions ni de la conception des organes, et cela aussi bien au sujet des rapports externes qu'internes.

Dans le chapitre VI les contraventions à la bonne foi font l'objet d'un examen approfondi. La bonne foi est une source de droit non-codifié tout comme l'ordre public et les bonnes mœurs. Elle n'est cependant pas constituée par un ensemble de critères abstraits, mais par des normes concrètes sur la manière d'agir à l'égard d'autres personnes avec qui on a ou aura des rapports d'ordre juridique. Dans ces relations il est requis d'agir de bonne foi. Il faut, en agissant, tenir compte des intérêts des autres personnes impliquées et au besoin les respecter au détriment de ses propres intérêts. Aussi la bonne foi exige-t-elle dans chaque cas concret une appréciation d'intérêts adaptée à ce cas précis.

Les normes de la bonne foi se conçoivent dans un sens objectif. A quelques exceptions près la jurisprudence a toujours appliqué la bonne foi en matière de décisions de sociétés en vertu de critères objectifs. La bonne foi s'applique aussi bien lorsqu'il s'agit d'envisager le contenu d'une décision que sa formation. L'auteur a exposé quels intérêts peuvent jouer un rôle dans la décision: ce ne sont pas uniquement les intérêts de ceux qui ont des droits sociaux.

La choix entre intérêts opposés requis par la bonne foi dépend de nombreuses circonstances concrètes. Il est difficile d'en donner des règles générales. L'examen en a été fait organe par organe. Les intérêts des actionnaires y ont été envisagés à la lumière de la doctrine de la Cour suprême, contenue dans les trois arrêts connus et concernant le droit de vote, disposant que le droit de vote accordé à l'actionnaire ne lui a pas été confié dans l'intérêt d'autres personnes mais que ce droit lui a été donné pour servir ses propres intérêts dans la société. Il va sans dire que cette doctrine ne porte aucune atteinte au principe que les actionnaires, en poursuivant leurs propres intérêts, sont limités par le devoir de tenir raisonnablement compte des autres intérêts. Cette limitation provient des exigences de la bonne foi objective requise dans les rapports sociaux. La position et la fonction de la direction et des commissaires diffèrent essentiellement de celles des actionnaires. Ceci implique que par eux la gestion des intérêts doit être conçue d'un point de vue différent. La direction et les commissaires sont en premier lieu chargés de la tâche de gérer les intérêts sociaux, à savoir la rentabilité continue du capital investi. La différence de gestion d'intérêts a été élaborée au moyen d'exemples concrets.

Dans les cas d'opposition d'intérêts, l'évaluation de cette opposition est essentiellement marginale. Etant donné que la bonne foi exige de peser les intérêts opposés, l'évaluation en vertu de la bonne foi est par conséquent toujours marginale. L'évaluation marginale est donc fondée sur l'estimation des intérêts. Il n'y a pas de différence essentielle entre l'évaluation du contenu et de la formation.

Aangehaalde jurisprudentie

(De nummers verwijzen naar de pagina's)

HOGE RAAD

23 april 1897, W 6957	78, 84
27 mei 1898, W 7128	7
18 januari 1901, W 7553	7
11 december 1908, W 8778	92
27 januari 1911, W 9136	142
18 april 1913, 723, W 9500	7, 27, 42, 154, 156
27 maart 1914, 659 W 9638	78, 84
24 december 1914, NJ 1915, 257	14
25 februari 1916, NJ 1916, 497	14
25 januari 1918, NJ 1918, 279	97
15 februari 1918, NJ 1918, 389, W 10250	78, 84
1 maart 1918, NJ 1918, 440	91
31 januari 1919, NJ 1919, 161, W 10365	78
10 juni 1919, NJ 1919, 647	91
10 juni 1919, NJ 1919, 650	91
4 juni 1920, NJ 1920, 712	114, 152
25 juni 1920, NJ 1920, 827	41
6 januari 1921, NJ 1921, 310	14
3 juni 1921, NJ 1921, 966	178
2 november 1922, NJ 1923, 90	255
26 januari 1923, NJ 1923, 423	92
8 november 1923, NJ 1924, 98	114
29 november 1923, NJ 1924, 129	7, 27, 168, 169, 180, 206
1 februari 1924, NJ 1924, 715, W 11185	182
4 april 1924, NJ 1924, 564	7, 27
27 november 1924, NJ 1925, 190	97
4 februari 1925, NJ 1925, 445	10
13 maart 1925, NJ 1925, 561	179
8 januari 1926, NJ 1926, 203, W 11464	179
19 maart 1926, NJ 1926, 441	179
2 december 1926, NJ 1927, 102	7, 27, 168, 169, 181, 206, 207
20 januari 1927, NJ 1927, 733	116, 155, 156, 157
22 april 1927, NJ 1927, 761	160, 236
3 november 1927, NJ 1928, 397	181
30 november 1927, NV 7, p. 354	7
15 februari 1928, NJ 1928, 1626, W 11856	181
23 maart 1928, NJ 1928, 730	142, 146
20 april 1928, NJ 1928, 1371	85, 94, 190, 211

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

3 mei 1928, NJ 1928, 1454	28, 181
15 juni 1928, NJ 1928, 1626, W 11856	7, 28, 168, 169, 206, 254
22 november 1928, NJ 1929, 439	27
29 november 1928, NJ 1929, 472	204
18 april 1929, NJ 1929, 900	7, 27, 168, 169, 181
25 april 1929, NJ 1929, 1261	7, 168, 169, 181, 206, 207
6 december 1929, NJ 1930, 109	136
20 maart 1930, NJ 1930, 650	27, 136
29 januari 1931, NJ 1931, 1317	267
6 februari 1931, NJ 1931, 1392	162
11 mei 1931, NJ 1931, 857	150, 162
15 januari 1932, NJ 1932, 285, W 12399	84
11 februari 1932, NJ 1932, 999	87, 156
28 juni 1932, AB 1933, p. 213	225
14 december 1932, W 12872	87, 140, 163
29 november 1934, NJ 1935, 698	157
23 januari 1935, W 12872	140, 142, 146, 163
6 april 1936, NJ 1936, 1045	124
13 november 1936, NJ 1937, 182	268
8 april 1938, NJ 1938, 1076	135, 142, 146, 163
9 januari 1941, NJ 1941, 528	7, 27, 85, 168, 181, 185, 214
20 maart 1941, NJ 1941, 542	41
26 maart 1941, PW 14548	225
13 februari 1942, NJ 1942, 360	51, 87, 88, 89, 168, 169, 171, 181, 198, 199, 200
19 maart 1942, NJ 1942, 445	142, 146
9 oktober 1942, NJ 1942, 821	10
29 januari 1943, NJ 1943, 198	154, 171, 175
21 mei 1943, NJ 1943, 484	108, 168, 169, 171, 181, 187, 190, 201, 268
16 juni 1944, NJ 1944, 443	126, 155, 163
30 juni 1944, NJ 1945, 465	22, 38, 121, 122, 123, 197, 198
15 maart 1946, NJ 1946, 181	92
23 juli 1946, NJ 1947, 1	88
20 december 1946, NJ 1947, 59	6, 28, 168
31 januari 1947, NJ 1948, 115	168, 171, 183, 201
14 januari 1949, NJ 1949, 557	47
25 februari 1949, NJ 1949, 558	47, 268
1 april 1949, NJ 1949, 465	7, 168, 181, 185, 194, 218, 228, 230
24 juni 1949, NJ 1949, 559	47
23 december 1949, NJ 1950, 245	47
23 december 1949, NJ 1950, 262	95
20 januari 1950, NJ 1950, 246	47
3 februari 1950, NJ 1950, 248	47
29 september 1950, NJ 1951, 238	19
31 oktober 1951, NJ 1952, 67	10
7 december 1951, NJ 1952, 566	148
9 mei 1952, NJ 1953, 563	6, 28, 168
19 december 1952, NJ 1953, 464	158, 261
9 januari 1953, NJ 1953, 460	168, 171, 182, 202
19 maart 1954, NJ 1955, 40	28
21 januari 1955, NJ 1959, 43	7, 12, 17, 101, 113, 131, 135, 149, 173, 197, 224
10 juni 1955, NJ 1955, 552	13

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

12 oktober 1955, BNB 1955, 360	140, 163
18 november 1955, NJ 1956, 10	182
27 januari 1956, NJ 1956, 48	168, 169, 171, 182, 188, 194, 202, 239, 240
21 december 1956, NJ 1958, 102	142
11 januari 1957, NJ 1959, 37	249
28 juni 1957, NJ 1957, 514	56
15 november 1957, NJ 1958, 67	6, 28, 168
29 november 1957, NJ 1958, 52	183
31 december 1958, NJ 1959, 92	10
13 maart 1959, NJ 1959, 579	56
13 november 1959, NJ 1960, 472	22, 38, 103, 121, 122, 197, 198
19 februari 1960, NJ 1960, 473	22, 38, 121, 122, 197, 198
4 maart 1960, NJ 1962, 6	92, 168, 182, 263
22 december 1961, NJ 1962, 43	242
4 januari 1963, NJ 1964, 434	49, 98, 114, 149, 152, 171, 194, 216, 218, 228
11 januari 1963, NJ 1964, 433	141, 167, 168, 169, 171, 178, 188, 194, 213, 221, 229, 235
3 januari 1964, NJ 1965, 16	250
30 oktober 1964, NJ 1965, 107	29, 31, 32, 65, 78, 168, 170, 171, 177, 183, 185, 257, 259, 262, 271
23 december 1965, NJ 1967, 44	28
21 januari 1966, NJ 1966, 214	60
11 maart 1966, RvdW 1966, 38	10
17 november 1967, NJ 1968, 42	250
29 maart 1968, NJ 1968, 324	225
15 juli 1968, NJ 1969, 101	124, 154, 251

GERECHTSHOVEN

Amsterdam

6 maart 1908, W 8718	142
23 januari 1923, NV 2, p. 370	124
8 februari 1927, in HR 23 maart 1928, NJ 1928, 730	146
18 maart 1927, W 11652	102
27 juni 1935, NJ 1935, 1353	140
1 april 1937, NJ 1938, 13	136
10 maart 1938, NJ 1938, 1114	65
22 februari 1940, NJ 1940, 779	199
30 april 1942, in HR 29 jan. 1943, NJ 1943, 198	136
11 april 1952, in HR 9 jan. 1953, NJ 1953, 460	269
21 april 1954, in HR 21 jan. 1955, NJ 1959, 43	31, 173
9 januari 1959, in HR 19 febr. 1960, NJ 1960, 473	197
11 januari 1962, in HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433	194, 269

Arnhem

24 april 1917, NJ 1917, 634	97, 204
8 maart 1927, NJ 1927, 1250	60
7 november 1934, NJ 1935, 849	150
29 mei 1935, NJ 1935, 1631	138

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

29 juni 1948, in HR 1 april 1949, NJ 1949, 465	27
29 april 1959, in HR 4 maart 1960, NJ 1962, 6	254
27 november 1962, NJ 1963, 213	56
24 december 1963, NJ 1964, 232	171, 269
19 september 1967, NJ 1968, 126	260

's-Gravenhage

10 maart 1903, W 7938	130
28 mei 1923, NJ 1925, 17	150
30 juni 1930, NJ 1930, 1497	157
19 juni 1939, NJ 1939, 815	215
24 april 1941, NJ 1941, 618	115
11 juni 1943, NJ 1944, 241	122
27 juni 1951, in HR 7 dec. 1951, NJ 1952, 566	98
26 mei 1954, NJ 1955, 90	108, 140, 210
2 maart 1955, NJ 1955, 426	202, 240
16 januari 1959, NJ 1960, 229	11
17 april 1959, NJ 1959, 216	188
27 juni 1963, in HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107	171
28 oktober 1964, NJ 1966, 72	251
24 februari 1967, NJ 1968, 376	56

's-Hertogenbosch

11 oktober 1927, NJ 1928, 1294	95
25 oktober 1927, NJ 1934, 926	137, 160
7 juli 1930, W 12242	225
8 februari 1944, NJ 1944, 479	36

Leeuwarden

23 februari 1927, W 11637	142
13 juni 1928, W 11928	203, 207
26 april 1933, W 12665	206, 207
7 januari 1948, NJ 1949, 22	171, 256
22 juni 1955, NJ 1956, 228	145, 147, 208
13 december 1961, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434	152, 194, 269

ARRONDISSEMENTSRECHTBANKEN

Alkmaar

4 december 1919, NJ 1920, 319	19
23 november 1950, NJ 1951, 510	97
12 mei 1966, NJ 1967, 167	178

Almelo

28 juni 1922, NJ 1923, 652	156
29 oktober 1958, in HR 4 maart 1960, NJ 1962, 6	28
1 november 1968, niet gepubliceerd	233

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

Amsterdam

30 november 1917, NJ 1918, 415	102
2 december 1921, NJ 1922, 714	96, 212
19 mei 1922, in Hof Amsterdam 23 jan. 1923, NV 2, p. 370	124
23 november 1925, NJ 1926, 526	95
26 maart 1926, W 11598	139
22 april 1929, W 12025	214, 215
18 november 1929, NJ 1929, 1705	236
29 december 1930, W 12294	10
22 juni 1931, W 12384	114
18 augustus 1932, W 12576	139
27 juni 1933, NJ 1934, 1073	158, 171, 264
26 januari 1934, W 12815	140
22 maart 1935, NJ 1936, 327	126, 127
20 oktober 1936, NJ 1938, 213	156, 158, 160, 174, 176, 186, 256
3 mei 1938, NJ 1938, 1112	118
1 februari 1940, NJ 1940, 796	97
11 januari 1950, NJ 1950, 192	151
9 januari 1953, NJ 1954, 393	231
2 december 1959, in HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433	171

Arnhem

15 juni 1923, NJ 1923, 1341	126, 264
13 december 1928, NJ 1930, 75	155, 156
12 november 1942, NJ 1943, 846	174, 256
17 januari 1946, NJ 1947, 280	86, 88, 171, 185, 197, 199
27 juni 1967, in Hof Arnhem 19 sept. 1967, NJ 1968, 126	260
22 september 1967, NV 45, p. 125	51, 98, 149, 232

Assen

4 januari 1938, NJ 1939, 253	123
------------------------------	-----

Breda

16 maart 1926, NJ 1926, 1201	95
17 november 1942, NJ 1943, 463	176, 257

Dordrecht

20 april 1938, NJ 1938, 912	10
-----------------------------	----

's-Gravenhage

27 april 1922, NJ 1922, 1313	140
28 december 1926, W 11796	221
29 oktober 1927, W 11756	176, 256
26 november 1928, NJ 1929, 1026	173, 256
7 december 1934, W 12860	124
12 december 1939, NJ 1940, 660	258

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

Groningen

13 maart 1931, NJ 1931, 1505	10
14 december 1934, NJ 1936, 508	10
23 mei 1953, NJ 1953, 419	263
18 januari 1957, in HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 434	171, 258

Haarlem

5 mei 1925, NJ 1926, 71	114, 115, 158
29 mei 1928, W 11926	262
17 november 1931, NJ 1932, 205	86, 215
19 januari 1932, NJ 1932, 1235	95
17 januari 1933, NJ 1933, 1228	214
6 december 1938, NJ 1939, 394	185, 207, 226
1 juli 1941, NJ 1942, 32	120
14 januari 1947, NJ 1948, 289	113
22 maart 1949, NJ 1950, 77	129

's-Hertogenbosch

9 januari 1925, NJ 1925, 886	154, 155, 156, 255
20 april 1926, NJ 1927, 1569	140

Maastricht

6 oktober 1932, NJ 1933, 420	88, 214, 269
17 juni 1937, NJ 1938, 42	129, 157
1 december 1960, NJ 1962, 152	96, 254

Roermond

31 mei 1955, NJ 1955, 551	151
---------------------------	-----

Rotterdam

29 november 1841, W 246	26
20 februari 1911, W 9183	87, 97, 126, 211
21 januari 1927, NJ 1927, 1274	113
29 november 1928, W 12155	19
16 juni 1933, W 12667	88, 89, 171, 226, 235, 269
30 juli 1936, NJ 1937, 729	216
8 september 1936, NJ 1937, 783	200, 242, 264, 269
19 januari 1949, NJ 1950, 276	22, 88, 185, 198, 199, 200
28 april 1950, NJ 1953, 13	41
21 februari 1951, NJ 1951, 644	138, 141

Sittard

12 december 1925, W 11570	142
---------------------------	-----

Utrecht

9 maart 1932, NJ 1933, 174	115, 117
----------------------------	----------

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

27 april 1932, NJ 1934, 938	137, 160
11 april 1934, NJ 1935, 205	190, 215
15 mei 1953, NJ 1954, 337	171, 202, 240

Zwolle

3 december 1924, W 11295	253
--------------------------	-----

KANTONGERECHTEN

Amsterdam

23 november 1932, NJ 1934, 33	98, 139, 186
19 december 1932, NJ 1933, 42	97, 140

's-Gravenhage

9 augustus 1967, NJ 1968, 68	242
------------------------------	-----

Haarlem

30 augustus 1940, NJ 1941, 206	10
--------------------------------	----

OVERIGE JURISPRUDENTIE

Arbitraal vonnis 11 oktober 1933, NJ 1933, 1710	225
Raad van Beroep voor de directe belastingen te Rotterdam 21 juni 1934, in HR 23 jan. 1935, W 12872	146

Voornaamste geraadpleegde literatuur

A. VERKORT AANGEHAALDE WERKEN

- | | |
|---|--|
| Asser-Scholten, Algemeen deel | - C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, algemeen deel, bewerkt door P. Scholten, 1e druk 1931, 2e druk 1934 |
| Asser-Scholten, Personenrecht 1929 | - idem, D I, personenrecht, bewerkt door P. Scholten, 6e druk 1929 |
| Asser-Scholten, Personenrecht 1940 | - idem, D I, personenrecht, tweede stuk, vertegenwoordiging en rechtspersoon, bewerkt door P. Scholten, 1e druk 1940 |
| Asser-Bregstein | - idem, D I, personenrecht, tweede stuk, vertegenwoordiging en rechtspersoon, bewerkt door M. H. Bregstein, 2e druk 1954 |
| Asser-Van der Grinten | - idem, D I, personenrecht, tweede stuk, vertegenwoordiging en rechtspersoon, bewerkt door W. C. L. van der Grinten, 3e druk 1959 |
| Asser-Rutten II | - idem, D II, verbintenissenrecht, tweede stuk, de overeenkomst en de verbintenis uit de wet, bewerkt door L. E. H. Rutten, 3e druk 1968 |
| Asser-Kamphuisen | - idem, D III, verbintenissenrecht, derde stuk, bijzondere overeenkomsten, bewerkt door P. W. Kamphuisen, 2e druk 1950 |
| Belinfante 1890 | - Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere, met toelichting, den Koning aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Zijne Majesteit's besluit van 22 november 1879 nr. 26, Uitgave gebr. Belinfante 1890 |
| Belinfante 1929 | - Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de n.v. en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, Uitgave gebr. Belinfante 1929 |
| Van Brakel I | - S. van Brakel, Leerboek van het Nederlands verbintenissenrecht, D I 3e druk 1948 |
| De hervorming van de onderneming | - Rapport van de Dr. Wiard Beckman stichting, 2e druk 1959 |
| Handboek | - E. J. J. van der Heyden, Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlands recht, bewerkt door W. C. L. van der Grinten, 8e druk 1968. Wordt naar eerdere drukken van dit werk verwezen, dan wordt de druk vermeld |
| Hofmann-Van Opstall I | - L. C. Hofmann, Het Nederlands verbintenissenrecht, D I, bewerkt door S. N. van Opstall, 8e druk 1959 |
| Open ondernemerschap (Rapport) commissie-Verdam | - Rapport van de Prof. Mr. M. B. Telderstichting, 1962 |
| | - Herziening van het ondernemingsrecht, rapport van de commissie, ingesteld bij beschikking van de minister van justitie |

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

van 8 april 1960, onder voorzitterschap van Prof. Mr. P. J. Verdam, Staatsdrukkerij 1965

- | | |
|-----------------------------|--|
| Preadvies VBN | - Nietigheid van besluiten van organen van de n.v., preadvies van W. C. L. van der Grinten, uitgebracht in 1966 aan de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland |
| Suyling | - J. Ph. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, D I 3e druk 1948 |
| Veegens-Oppenheim-Polak III | - J. D. Veegens en A. S. Oppenheim, Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht, D III, bewerkt door C. H. F. Polak, 4e druk 1934 |
| Vollmar III | - Nederlands burgerlijk recht, D III, Verbintenissen- en bewijsrecht, 2e druk 1952 |

B. OVERIGE WERKEN

- | | |
|--------------------------|---|
| A. Anema | - Bespreking van C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, D I 5e druk 4e stuk, bewerkt door P. Scholten, in WPNR 2807 |
| J. A. Ankum | - De pauliana buiten faillissement, 1962 |
| C. P. Aubel | - Persoon en pers, diss. Nijmegen 1968 |
| C. Aubry-C. Rau | - Cours de droit civil français, D I 6e druk 1936, bewerkt door E. Bartin |
| M. G. Baat | - Stemrecht bij onrooyerbare certificaten, NV 34 p. 105 e.v. |
| H. L. Bakels | - Het arbeidsrecht en het sociaal-economisch recht, in Heden-daags arbeidsrecht, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M. G. Levenbach, 1966 p. 18 e.v. |
| G. Baudry-Lacantinerie | - Traité théorique et pratique de droit civil, D III 3e druk 1908. |
| J. H. Beekhuis | - Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden, diss. Utrecht 1934 |
| A. D. Belinfante | - Vrijheid van demonstratie, Serie bestuurskundige bouwstenen nr. 25, Samson Alphen aan de Rijn 1966 |
| J. M. van Bemmelen | - Openbare orde en demonstratievrijheid, NJB 1966 p. 1077 e.v. |
| C. Berkhouwer | - Conversie van nietige rechtshandelingen, diss. Amsterdam 1946 |
| H. F. Blaisse-E. A. Moes | - Statuten en statutenwijziging, WPNR 3827, 3838
Het doel van de rechtspersoon, NV 22 p. 147 e.v. |
| E. Bloembergen | - De naamloze vennootschap in een tijd van ordening, diss. Utrecht 1943 |
| M. P. Bloemsma | - Functie van de commissaris bij de Nederlandse naamloze vennootschap, NV 46, p. 133 e.v. |
| F. W. C. Blom | - Take over rules, NV 46, p. 135 e.v. |
| G. J. Boelens | - Oligarchische clausules in statuten van naamloze vennootschappen, diss. Amsterdam 1946 |
| H. de Boer | - De commissarissenfunctie, diss. Amsterdam 1957 |
| P. Borst | - Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht, WPNR 4735, 4736, 4737 |
| J. Boulanger | - Zie onder Ripert |
| M. H. Bregstein | - De betekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten, rede Rotterdam 1935
- Moet den rechter de bevoegdheid toekomen verbintenissen uit overeenkomst op bepaalde gronden, zooals de goede trouw, te wijzigen? Zoo ja, in welke gevallen en in hoeverre?, preadvies NJV 1936, Handeling NJV 1936 I
- Beantwoording van rechtsvraag, in WPNR 4420 |

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- E. J. L. M. de Bruijn – De onherroepelijke volmacht, in Waarvan akte, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A. R. de Bruijn, 1966 p. 29 e.v.
- J. Carbonnier – Droit civil, I 1955
– Théorie des obligations, uitgave Thémis, Parijs 1963
- H. Capitant – Zie onder Colin
- Centrum voor staatkundige vorming – Eigendom in het ontwerp nieuw burgerlijk wetboek, 1961
- H. P. J. M. Coebergh – Hoe wordt men directeur eener naamlooze vennootschap en hoe verliest men die functie?, NV 20 p. 36 e.v.
– Oligarchische clausules, NV 24 p. 41 e.v.
– De nietigheid van besluiten in het nieuwe BW, NV 34 p. 21 e.v.
– De algemene vergadering en haar voorzitter, NV 45 p. 143 e.v.
- A. Colin-H. Capitant – Cours élémentaire de droit civil français, D I 11e druk, bewerkt door L. Julliot la Morandière, 1947
- Commissie-Nijpels – Toepassing van het belastingrecht ten aanzien van civielrechtelijk nietige handelingen, rapport van de commissie Nijpels van de Vereniging voor belastingwetenschap, 1936
- M. J. Denijs – Het stemrecht in de naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht, diss. Rotterdam 1936
- G. L. G. van Deutekom – Blokkeerings- en aanverwante bepalingen in familie-n.v.'s, WPNR 3673, 3674
- T. J. Dorhout Mees – Statuten van naamlooze vennootschappen, 1933
– Statuten van naamlooze vennootschappen, WPNR 3402
– Reorganisatie van het kapitaal der n.v., WPNR 3522
– Kort begrip van het Nederlands handelsrecht, 2e druk 1956
- J. M. C. van Driel – De ministeriele verordening, diss. Utrecht 1956
- H. Drion – Zelffinanciering van de onderneming tegenover het winstrecht uit het oprichtersbewijs, NV 33 p. 201 e.v.
- F. J. F. M. Duynstee – Overeenkomsten betreffende het stemrecht in een naamlooze vennootschap, NV 20 p. 114/115
- J. Eggens – Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, WPNR 3629, 3630
– Over het wezen van het misbruik van recht, WPNR 3989, 3990, 3991
– Vormen van nietigheid en van bekrachtiging van rechtshandelingen, preadvies BCN 1947
– De invloed van de goede trouw op de rechtsverhouding van mede-erfgenamen, WPNR 4054
– Beantwoording van rechtsvragen, in WPNR 3245, 3429, 3481, 4068
- B. van der Esch – Vergelijkend vennootschapsrecht, diss. Leiden 1953
- S. Gerbrandy – Wat is goede trouw?, WPNR 4745
- O. Gezelle Meerburg – De wet op de coöperatieve vereniging, 1925
- W. H. Verloop –
- C. Westrate
- E. G. J. Gimbrere – De strijd om het contractuele karakter der naamlooze vennootschap, rede Tilburg 1932
- G. M. Greup – De stortingsplicht van den aandeelhouder in een naamlooze vennootschap, diss. Utrecht 1923

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- W. C. L. van der Grinten
- Nietigheid van besluiten wegens strijd met het ongeschreven recht, NV 21 p. 157 e.v., 185 e.v., 223 e.v.
 - Bespreking van P. J. Verdam's Nietigheid van besluiten, in NV 21 p. 173/174
 - De bevoegdheidssfeer van de commissaris, NV 26 p. 113 e.v.
 - De rechtspraak in de jaren 1947 en 1948, NV 27 p. 93 e.v.
 - Uitgifte van nieuwe aandelen en voorkeursrecht, NV 27 p. 121 e.v.
 - De miskende commissaris, NV 30 p. 41 e.v.
 - De rechtspraak in de jaren 1949 en 1950, NV 30 p. 75 e.v.
 - Het belang van de n.v., NV 30 p. 85 e.v.
 - Emigrerende n.n.v.v., NV 30 p. 121 e.v.
 - Het zilveren jubileum van de wet op de n.v., NV 30 p. 181 e.v.
 - Is het wenselijk voor de zogenaamde besloten naamloze vennootschap in de civielrechtelijke wetgeving bijzondere voorzieningen te treffen, al dan niet met invoering van een afzonderlijke rechtsvorm?, preadvies NJV 1953, Handelingen NJV 1953 I
 - Bedenkelijk!, NV 33 p. 25 e.v.
 - Collectivering in het privaatrecht, rede Nijmegen 1957
 - Een nabeschouwing, NV 36 p. 97 e.v.
 - Bespreking van HR 13 november 1959, NJ 60.472, in Ars Aequi IX p. 55 e.v.
 - De regels van het spel, NV 38 p. 173 e.v.
 - Bespreking van F. J. W. Löwensteyn's, Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, in RM Themis 1961 p. 193 e.v.
 - Prioriteitsaandelen, NV 39 p. 152 e.v.
 - De organisatie van de n.v., NV 40 p. 184 e.v.
 - Bespreking van HR 4 januari 1963, NJ 64.434 en 11 januari 1963, NJ 64.433, in Ars Aequi XII p. 222 e.v.
 - Bespreking van HR 30 oktober 64, NJ 65.107, in Ars Aequi XIV p. 63 e.v.
 - Handelen te goeder trouw, In Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. B. H. D. Hermesdorf, 1965 p. 155 e.v.
 - Bespreking van F. J. W. Löwensteyn's Over het rechtmatig en onrechtmatig „handelen” van de naamloze vennootschap, in NV 43 p. 187
 - De richtlijnen van de Europese commissie over het vennootschapsrecht, NV 45 p. 1 e.v.
 - Verscherping van preventief toezicht, NV 45 p. 89 e.v.
 - Plaatsing van aandelen als strijdmiddel, NV 46 p. 121 e.v.
 - Bespreking departementale opvattingen in NV 33 p. 176 e.v.; NV 34 p. 34 e.v.; NV 35 p. 153 e.v.; NV 36 p. 16 e.v., 72 e.v., 147 e.v.; NV 37 p. 91 e.v.; NV 38 p. 31 e.v., 162 e.v.; NV 40 p. 14 e.v.; NV 41 p. 124/125; NV 42 p. 66 e.v.; NV 43 p. 118 e.v., 154 e.v.; NV 44 p. 74 e.v., 187 e.v.; NV 45 p. 14 e.v., 162 e.v., 180 e.v.; NV 46 p. 95 e.v.
- G. L. Groeneveld
- Het ontwerp van wet op de jaarrekening van ondernemingen, TVVS 11 p. 133 e.v.
- G. H. A. Grosheide
- Oprichting van naamloze vennootschappen naar Nederlandsch recht, diss. Amsterdam 1913
 - Het commissariaat in de naamloze vennootschap, NV 36 p. 122 e.v.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- Machtsverhoudingen in naamloze vennootschappen, preadvies BCN 1959
- H. J. Hamaker

– Maatschap of vereeniging, 1897, in *Verspreide geschriften*, IV 1912 p. 261 e.v.
- J. A. van Hamel

– De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht, diss. Amsterdam 1902
- F. Hartog

– Enkele gedachten over het ondernemerschap in deze tijd, *TVVS* 10 p. 214 e.v.
- J. C. R. Y. van Heekeren

– Nogmaals: Mag de algemene vergadering van een N.V. zonder statutaire bevoegdheid of rechterlijke machtiging een algemene vergadering bijeenroepen?, *NV* 46, p. 170 e.v.
- E. J. J. van der Heyden

– De grondslagen van het vereenigingsrecht, *NV* 2 p. 193 e.v.

– Eigen aandelen op de balans, *NV* 9 p. 225 e.v.

– Molengraaff en het vereenigingsrecht, *RM* 1931 p. 322 e.v.

– Organieke arbeidscontracten, *NV* 12 p. 337 e.v.

– Ongeldigheid van besluiten van rechtspersonen, *WPNR* 3456, 3457

– Vernietigbare besluiten, *NV* 15 p. 97 e.v.
- Ph. Hillen

– De structuur van de onderneming, in het bijzonder met het oog op de medezeggenschap der werknemers, preadvies *Thijmgenootschap* 1964, *Annalen* 1964 II p. 81 e.v
- Ph. A. H. Houwing

– Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon, diss. Leiden 1939
- J. H. H. Hulsmann

– De leegge naamloze vennootschap, *N.V.* 20 p. 135 e.v., 153 e.v.

– De ongeldigverklaring van meerderheidsbesluiten op grond van wilsgebreken en haar gezag van gewijsde, diss. Amsterdam 1935
- L. J. Hijmans van den Bergh

– Het ontwerp-Meijers en de vereniging, *NV* 32 p. 106 e.v
- F. M. J. Jansen

– Nietigheid in het burgerlijk procesrecht, diss. Nijmegen 1955
- F. J. de Jong

– Zie onder *De Kat*
- B. H. de Jongh

– Kapitaalafschrijving en winstverdeling, *NV* 2 p. 110 e.v.
- P. W. Kamphuisen

– Overeenkomsten betreffende het stemrecht in een naamloze vennootschap, *NV* 19 p. 349 e.v.

– Kan een aandeelhouder tegelijkertijd in persoon en bij gemachtigde op een algemeene vergadering verschijnen?, *NV* 25 p. 213/214

– Papieren algemene vergaderingen, *NV* 27 p. 201 e.v.

– Het oligarchische karakter der naamloze vennootschap, *NV* 30 p. 199 e.v.

– De gedelegeerde commissaris en het begrip bestuurder, *NV* 34 p. 41 e.v.

– Stemrecht, democratie en de toekomstige machthebbers, *NV* 38 p. 1 e.v.
- O. B. W. de Kat

– Effectenbeheer, 3e druk 1932, mede-bewerkt door F. J. de Jong
- A. B. A. van Ketel

– Inkoop van eigen aandelen, *NV* 11 p. 169/170

– De rechten van ingekochte „eigen” aandelen, *NV* 13 p. 8 e.v.

– Blanco stemmen, *NV* 22 p. 35 e.v.
- J. G. Kist

– Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet, D III 3e druk 1914, bewerkt door L. E. Visser
- H. D. M. Knol

– Civielrechtelijke aansprakelijkheid van directie en commissarissen van naamloze vennootschappen volgens Nederlandsch recht, diss. Amsterdam 1936

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- R. Kranenburg – Eenige opmerkingen over het begrip publieke orde, diss. Groningen 1895
- H. J. C. ter Kuile – Besluitvorming en de bekrachtiging van onbevoegdelyk genomen besluiten van de naamloze vennootschap, Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus 1964
- J. W. Kuntze – Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in de Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Otto Müller, 1892
- H. W. Lambers – Over het ondernemingsdoel, TVVS 10 p. 207 e.v.
- C. J. Lankhof-Verboom – Herziening van het enquête-recht, in De nieuwe wetsonwerpen vennootschapsrecht, 1968
- J. A. M. Leistikow – Een critische beschouwing betreffende art. 46a wetboek van koophandel, NV 17 p. 66 e.v., 103 e.v.
- J. N. van der Ley – Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, diss. Amsterdam 1899
- F. J. W. Lowensteyn – Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, diss. Amsterdam 1959
- Over het rechtmatig en onrechtmatig “handelen” van de naamloze vennootschap, Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus 1965
- De relativiteit van de contractuele norm, rede Tilburg 1967
- G. Lutzesco – Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial, diss. Parijs 1938
- J. M. M. Maeyer – Matiging van schadevergoeding, diss. Nijmegen 1962
- Het belangenconflict in de naamloze vennootschap, rede Nijmegen 1964
- Aandeelhouders in een n.v. en de eisen van de goede trouw, NV 42 p. 153 e.v., 169 e.v.
- Rumor rond de Holland-Amerika lijn, N.V. 44 p. 118 e.v.
- Nietigheid van besluiten van organen van de n.v., NV 44 p. 224 e.v.
- Bespreking van F. J. W. Lowensteyn's Over het rechtmatig en onrechtmatig “handelen” van de naamloze vennootschap, in RM Themis 1967 p. 312 e.v.
- De algemene vergadering in de Europese n.v., NV 45 p. 213 e.v.
- E. J. A. Marcus – Vruchtgebruik van aandelen, WPNR 4160, 4161
- M. M. Mendel – Mag de algemene vergadering van een n.v. zonder statutaire bevoegdheid of rechterlijke machtiging een algemene vergadering bijeenroepen?, NV 45 p. 178 e.v.
- J. E. van der Meulen – De rechterlijke controle op geldigheid van besluiten der algemene vergadering, Feestuitgave bij WPNR jaargang 1926 nr. 2947
- M. Meyer – Gevolmachtigden ter algemene vergadering, NV 13 p. 97 e.v.
- E. M. Meijers – Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen, WPNR 2420, 2421, 2422
- Bespreking van HR 22 november 1918, NJ 1919, 42, in WPNR 2565
- De grenzen der toepasselijkheid van art. 1374 lid 3 BW, WPNR 2926
- Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, 1937, in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, D III 1955 p. 277 e.v.
- Algemene begrippen van het burgerlijk recht, D I 1948
- Algemene inleiding op het nieuwe BW, Staatsdrukkerij 1954

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- | | |
|----------------------------------|--|
| E. A. Moes | - Zie onder Blaisse |
| W. L. P. A. Molengraaff | - Beschouwingen over de herziening van het vereenigingsrecht, RM 1903 p. 191 e.v.
- Bespreking van G. H. A. Grosheide's Oprichting van naamlooze vennootschappen naar Nederlandsch recht, en van N. J. Vonck's Wijziging in statuten van Nederlandsche naamlooze vennootschappen en het recht om daartegen op te komen, in RM 1914 p. 612 e.v.
- Bespreking van W. H. Drucker, O. B. W. de Kat en W. de Gavere's Inkoop van eigen aandelen, in RM 1923 p. 470 e.v.
- Eenige algemeene beschouwingen naar aanleiding van het ontwerp van wet tot regeling der naamlooze vennootschap, Feestuitgave bij WPNR jaargang 1926 nr. 2947
- Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht, D I 9e druk 1953, bewerkt door C. W. Star Busmann |
| H. Mulderje | - De ontluistering van de aandeelhouders, NV 46, p. 165 e.v. |
| C. M. O. van Nispen tot Sevenaer | - Het rechtskarakter van de statuten eener naamlooze vennootschap, NV 6 p. 260 e.v., 298 e.v.
- Nogmaals "het rechtskarakter van de statuten eener naamlooze vennootschap", NV 7 p. 163 e.v.
- Vennootschapsbelang tegenover bijzonder vennootenbelang, NV 7 p. 193 e.v.
- De HR en de toepassing der artikelen 1374 en 1375 BW ten aanzien van de statuten eener naamlooze vennootschap of coöperatieve vereeniging, NV 12 p. 199 e.v. |
| H. H. J. Nordemann | - Wensen en grenzen, rede Amsterdam 1967 |
| N. Okma | - Misbruik van recht, diss. Amsterdam 1945 |
| M. Oppenheimer | - Reorganisatie en de rechten van preferente aandeelhouders, NV 3 p. 348 e.v. |
| A. van Oven | - Verkrijging van eigen aandelen, NV 27 p. 181 e.v., 206 e.v., 225 e.v.
- Het n.v.-recht en de zelfstandigheid van de onderneming, De economist 1961 p. 878 e.v.
- Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Vennootschapsrecht, WPNR 4956, 4957, 4958 |
| J. C. van Oven | - Overeenkomst en goede trouw, NJB 1926 p. 337 e.v., 353 e.v.
- De Hooge Raad en de artikelen 1374 en 1375 BW, NJB 1931 p. 568 e.v., 577 e.v.
- Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak, WPNR 3240, 3241, 3242, 3243
- Bespreking van J. H. H. Hulsmann's De ongeldigverklaring van meerderheidsbesluiten op grond van wilsgebreken en haar gezag van gewijsde, in WPNR 3460 |
| Ch. J. J. M. Petit | - Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, diss. Leiden 1920
- Bespreking van HR 10 juni 1955, NJ 55. 552, in Ars Aequi V p. 145 e.v. |
| M. Planiol - G. Ripert | - Traité pratique de droit civil français, D II 2e druk 1952, bewerkt door A. Rouast |
| P. W. van der Ploeg | - Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Vennootschapsrecht, WPNR 4691 |
| J. M. Polak | - Inleiding tot het Nederlands rechtspersonenrecht, 1960 |

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

- M. Polak – Handboek voor het Nederlandsch handels- en faillissementsrecht, D I 5e druk 1935
- J. J. Polderman – Effecten en effectenhandel, 1935
- R. J. Pothier – Traité des obligations, uitgave Masson 1883
- M. M. van Praag – De handelingsbekwaamheid der naamlooze vennootschap, NV 6 p. 41 e.v.
- A. C. G. van Proosdij – Voorzittersmoeilijkheden, NV 14 p. 97/98
– Ontslag door de algemeene vergadering, NV 20 p. 6 e.v.
- Raad van Nederlandse werkgeversverbonden – Verslaggeving, verantwoording en voorlichting door de besturen van naamlooze vennootschappen, 's-Gravenhage 1962
- C. Rau – Zie onder Aubry
- G. Ripert – Zie onder Planiol
- G. Ripert–J. Boulanger – Traité de droit civil, D I 1956
- J. Ronse – Nietigheid van besluiten van organen van de naamlooze vennootschap, preadvies uitgebracht aan de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1966
- J. Rozendaal – Rechten van derden ten aanzien van ongeldige besluiten en antistatutaire handelingen bij de naamlooze vennootschap, diss. Rotterdam 1931
- P. Sanders – Bespreking van Van der Heijden–Van der Grinten's Handboek voor de naamlooze vennootschap, 7e druk, in NV 41 p. 58 e.v.
– Het nieuwe Aktiengesetz, NV 43 p. 132 e.v., 146 e.v. 161 e.v.
– Ontwerp voor een statuut van een Europese naamlooze vennootschap, uitgave Commissie van de Europese Economische Gemeenschap, Directoraat-generaal van de concurrentie, serie concurrentie, nr. 6, 1967
– Een gedragscode bij fusies?, NV 46 p. 125 e.v.
- D. J. Sannes – De rechtsverhouding van moeder- en dochtermaatschappij, 1926
- A. Schadee – Blanco stemmen en een departementale opvatting, NV 13 p. 73 e.v.
– Kan een aandeelhouder tegelijkertijd in persoon en bij gemachtigde op een algemene vergadering verschijnen? NV 26 p. 51/52
- F. G. Scheltema – Beschouwingen omtrent de grondslagen van vereenigingsrecht, rede Leiden 1923
– De commanditaire vennootschap op aandeelen, preadvies BCN 1928
– Blokkering van aandelen in naamlooze vennootschappen, NV 15 p. 1 e.v., 33 e.v., 65 e.v.
- F. Schoepp – De inkoop van eigen aandeelen, NV 11 p. 265 e.v.
– Het dividend van 92½ cent der A B, NV 11 p. 325 e.v.
– Verwikkelingen tusschen houders van preferente en gewone aandeelen, NV 15 p. 163 e.v.
– De naamlooze vennootschap en haar aandeelhouders, 1939
- P. Scholten – Wijziging van statuten, WPNR 1940, 1941, 1942
– Omzetting van een coöperatieve vereeniging in een naamlooze vennootschap, WPNR 2712
- G. H. A. Schut – Het overrompelingsgevaar als vennootschappelijk probleem, uitgave Nederlandse participatie maatschappij NV, Amsterdam 1964

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- W. J. Slagter
- Bespreking van HR 4 januari 1963, NJ 64.434, in TVVS 7 p. 168 e.v.
 - Bespreking van HR 11 januari 1963, NJ 64.433, in TVVS 7 p. 189 e.v.
- R. Slot
- Compendium van het vennootschapsrecht, 1968
 - Beschouwingen over enige aspecten van de reservevorming in de open naamloze vennootschap, rede Utrecht 1963
 - De evolutie van het winstbegrip, NV 46 p. 1 e.v.
- J. H. Smeets
- „Openbare orde”, terminologie en betekenis, NJB 1966 p. 725 e.v.
- Th. W. F. Speetjens
- Ontbinding van de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, diss. Nijmegen 1940.
 - Het kapitaal der naamloze vennootschap, 1947
- C. W. Star Busmann
P. A. Stein
- Zie onder Molengraaff
 - In hoeverre hebben op formeel juiste wijze tot stand gekomen besluiten tot statutenwijziging van verenigingen of naamloze vennootschappen rechtskracht?, NV 39 p. 9 e.v., 23 e.v.
- A. V. M. Struycken
- Rechtsorde en openbare orde identiek?, Ars Aequi XV p. 261 e.v.
- H. J. Tasman
- Vereniging en rechtspersoonlijkheid, WN 1907 p. 157 e.v., 169 e.v., 177 e.v.
- C. C. Tieleman
W. C. Treurniet
- De vormen van ongeldigheid van rechtshandelingen, 1933
 - Het scherm gaat op, NV 33 p. 61 e.v.
 - Wat niet in het bijvoegsel staat, NV 37 p. 163 e.v.
- P. J. Verdam
- Nietigheid van besluiten, diss. Amsterdam 1940
 - Nietigheid van besluiten van commissarissen eener n.v., WPNR 3693
 - Taak en verantwoordelijkheid van de commissaris, NV 30 p. 206 e.v.
- W. H. Verloop
L. E. Visser
H. F. A. Vollmar
- Zie onder Gezelle Meerburg
 - Zie onder Kist
 - De rechtspraak in de jaren 1939 en 1940, Van de algemeene vergadering van aandeelhouders (art. 43-46b), NV 21 p. 267 e.v.
- A. M. Vroom
- Machtsverhoudingen in naamloze vennootschappen, preadvies BCN 1959
- M. P. Vrij
- Beperking der meerderheidsmacht in vereeniging en vennootschap door recht der leden, diss. Amsterdam 1923
- P. L. Wery
- Nietigheid van aandelen-emissies en onrechtmatige daad in de dubbele-stromannenprocedure, NV 43 p. 62 e.v., 74 e.v.
- C. Westrate
- Zie onder Gezelle Meerburg
- G. J. Wiarda
- De invloed van wilsgebreken op besluiten, NJB 1929 p. 185 e.v.
 - Overeenkomsten met overheidslichamen, diss. Amsterdam 1939
- A. Wolfsbergen
- Handelingen in strijd met het doel der naamloze vennootschap, RM 1928 p. 504 e.v.
 - De fiscus tegenover antistatutaire winstverdeling der naamloze vennootschap, NV 12 p. 133/134
 - Stemrecht voor eigen aandelen der n.v.?, NV 15 p. 131 e.v.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- | | |
|---------------------|---|
| Th. S. IJsselmuiden | <ul style="list-style-type: none"> - De jaarrekening als voertuig van rechtsbetrekkingen, NV 43 p. 11 e.v. - Doel en grenzen van de jaarrekening, TVVS 11 p. 158 e.v. - De jaarrekening van ondernemingen, in De nieuwe wetsontwerpen vennootschapsrecht, 1968 |
| K. S. Zachariae | <ul style="list-style-type: none"> - Le droit civil français, traduit de l'Allemand sur la cinquième édition par Massé et Vergé, D I Parijs 1854 |
| C. J. van Zeben | <ul style="list-style-type: none"> - De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden, diss. Utrecht 1960 |
| Jb. Zeylemaker Jzn | <ul style="list-style-type: none"> - Het keren van misbruiken in de onderlinge verhouding van verbonden naamloze vennootschappen, Indisch Tijdschrift van het recht, 1932 p. 327 e.v., 441 e.v. - Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap, RM Themis 1945/1946 p. 581 e.v. |

Zakenregister

(De nummers verwijzen naar de pagina's. Wanneer reeds uit de inhoudsopgave de vindplaats van een onderwerp blijkt, is naar dit onderwerp niet meer in dit register verwezen.)

Aanbiedingsplicht	152, 246
Aandelen	
– aan toonder	36, 114, 139, 151, 209
bonus–	216, 220, 229, 232, 234
certificeren van –	8, 111, 159, 209
deponeren van –	157, 261
emissie van –	8, 43, 48-52, 100, 149, 159, 205
– in mede-eigendom	115
inkoop van eigen –	8, 97, 100, 149
intrekking van –	8, 100, 159
koers van –	201, 206, 219-228, 231
– op naam	114, 150, 209, 261
overdracht van –	113, 139, 150
preferente –	122, 208, 220
prioriteits –	122, 159, 205, 218
rendement van –	185, 232
wederuitgifte van –	8, 149
Aandeelhouders	
collectiviteit van –	31, 33
gelijkheid onder –	48, 96, 203-205, 217, 221, 223, 237
– register	150
Administratiekantoor (trustee)	115, 144, 159
Afschrijvingen	107-110, 200, 239
Agenda	43, 54-55
tervisielegging van –	64
volgorde van behandeling van – punten	130
voorstel op –plaatsen	35-36, 121, 125
Agent	14
Agio	221
Algemene vergadering	
bevoegdheid van –	64, 99-101
deelnemen aan (toegang tot) –	7, 115, 122, 132, 152
leiding van –	64
oproepen van –	43, 100-101, 121, 132
plaats van –	43, 64
schorsing van –	130, 158, 264
sluiting van –	130, 264
Amendement	35
Arbeidsovereenkomst	40, 188

ZAKENREGISTER

Bankkrediet	9
Bekrachtiging (bevestiging)	34, 252
Belang	
– van de aandeelhouders	23, 189, 191-192
– van het bestuur	22, 123, 184
– van de commissarissen	23, 123, 184
– van crediteuren	4, 169
tegenstrijdig –	98, 100-101, 112, 115, 244
– van de vennootschap	22, 51-52, 147, 173, 185-186, 195
– van winstgerechtigden	4, 169, 189-190
Besluit	
koninklijk –	91-92
non-existent –	59, 73
Bestuur	
autonomie van het –	7, 17
bevoegdheid van het –	100-101
dagelijks –	17
waarneming van –	148
Bestuurders	
aantal –	139
benoeming van –	39-40, 64, 99, 116, 148, 155, 159, 197
bezoldiging van –	40, 43, 86, 100, 129, 139
duur van aanstelling van –	139
ontslag van –	37, 39-41, 44, 48, 51, 81, 99, 139, 155, 197
ontstentenis van –	148-149
– overeenkomst	40
schorsing van –	37, 41, 99, 100-101, 129, 155
Bindend advies	121, 267
Bockhouding (overleggen van –)	9
Borgstelling	142-143, 146-147
Commissarissen	
aantal –	139
autonomie van –	17, 101
benoeming van –	99, 116, 155, 159, 197
bezoldiging van –	129, 139
duur van aanstelling van –	139
gedelegeerde –	17
ontslag van –	37, 99, 155, 197
president –	55, 154
regerings –	18, 159, 244
schorsing van –	37, 99, 129, 155
Claim (voorkeursrecht bij emissie)	11, 217-219, 222, 229-230, 232
Deelneming	103-104
Deskundige	
benoeming van –	100-101, 132, 134
ontslag van –	101
Dienstwoning	40, 129
Dividend	
primair –	220, 229, 234-235
vorderen van –	7
Dochterrechtspersoon	99, 147, 149, 159, 208

ZAKENREGISTER

Doel van de n.v.	144-145, 185, 192
Emolument	214
Enquêterecht	190, 238
Fusie	12, 159, 234
Geschil (beslissen over –)	243
Goodwill	221
Herkapitalisatie (zie ook bonusaandelen)	221, 229, 234
Holding	144, 159
Hypotheek	142, 143, 146
Jaarrekening opstellen door het bestuur	100, 132
vaststellen door de algemene vergadering	22, 37, 39, 97, 99, 110, 140
Jaarverslag	100, 106, 132, 239,
Joint venture	234
Kapitaal	
aansprakelijk –	8, 9, 216, 226
– associatie	9, 21, 144, 184, 210, 218
geplaatst –	8, 36, 111, 125-127, 129, 155, 157, 161, 220
gestort –	8
reorganisatie van –	222
vergroting van –	50, 141, 216, 220, 226, 228
vermindering van –	94, 209, 211, 223, 225
Koopmansgebruik (goed –)	200-201
Liquiditeit	9, 224, 226, 235, 238
Lot	37, 223
Mandaatsleer	3, 11, 41
Notulen	19-20, 75
Obligatie	139-140
– houders	94, 119, 141, 190, 238-239
– lening	9, 221
Oligarchische constructies	8, 24, 161, 197
bindende voordracht voor benoemingen	18, 64, 159
certificeren van aandelen (zie ook onder certificaten)	8, 159
creëren speciale organen	8, 159
goedkeuren om als gemachtigde ter vergadering te mogen verschijnen	261
goedkeuren van besluiten van andere organen	18, 232, 233-234
goedkeuren van overdracht van aandelen	100, 150-151, 206, 226, 228
machtiging aan bestuur	39, 100, 159, 227
recht van initiatief	18, 159-160, 233-234, 236
stemrechtovereenkomst	8

ZAKENREGISTER

versterkte meerderheid	37
Omzetting	12, 208
Onderdirecteur	16
Onderl. verz. mij.	136
Ondernemingskamer	111, 239
Onrechtmatige daad	188, 250
– van de bestuurder	50
– van de commissaris	50, 242
– van de overheid	47, 267
– van de vennootschap	13, 15
Ontbinding (liquidatie)	10-12, 22, 30, 42, 96-97, 99, 112, 116-117, 119-120, 155, 189, 208, 210
Oprichters	3, 27
Oprichtersbewijs	95, 119, 184, 186
Oprichting	
akte van –	134, 164
– van de n v.	3, 5-6, 27
Oprichtingshandeling	5, 27-28
Oproep(-ing)	43, 54-55, 75, 100, 121
eigen –	125
inhoud van –	46, 64
– krachtens rechterlijke machtiging	125, 130, 255
termijn van –	46, 64
wijze van –	64
Opzegtermijn	40
Orgaan	
autonomie van het –	16
convocerend –	35-36, 100-101
eenhoofdig –	25-26, 33, 54-55
meerhoofdig –	26, 33, 54
– theorie	12
Overname-bod (take-over bid, Überfremdung)	48, 205, 210, 233
Pandbrieven	
houders van –	94, 190
uitgifte van –	140, 142-143
Partijbeslissing	30, 183
Pauliana	86, 93-94, 122, 131, 169, 190, 215
Pensioen	214
Procuratiehouder	14, 16
Prospectus	221-222
Reserves	
geheime –	232
stille –	232
vaststellen van –	107, 109-110, 177
Reservefonds (statutair-)	140
Reservering	95, 108, 140, 163, 200, 202, 210, 228, 239-242
Schijn van bevoegdheid	40, 44
Statuten	
afwijken van – in opdracht van ondernemingskamer	112
opstellen van –	5, 135

ZAKENREGISTER

wijzigen van –	95, 116, 133-135, 177, 180
Statutenwijziging	
betekenis van –	38, 120
bevoegdheid tot –	12, 22, 42, 73, 99
gevolgen van – voor aandeelhouders	97
gevolgen van – voor bestuur	186
gevolgen van – voor derden	94, 141
ministeriele goedkeuring –	80
ministeriele weigering –	80
terugwerkende kracht van –	136, 140
verplichting tot medewerking aan –	27
Stem	
blanco –	19, 123
raadgevende –	129, 132, 134, 176
Stemmen	
– bij volmacht	116, 151-152, 155, 157, 261
hoofdelijk –	55
schriftelijk –	55
staken van –	37, 121
wijze van – (andere mogelijkheden: bij acclamatie, hand opsteken, zitten en opstaan)	74
Stemrecht	
autonome uitoefening van –	122
– bij mede-eigenaren	115
overeenkomst betreffende –	8, 38
overdracht van –	121
omschrijving van –	35
statutaire beperking van –	49, 114, 151-152
volstrekt evenredig –	217
Storting	207, 216
betekenis van vorderen van –	8, 88, 102
bevoegdheid tot vorderen van –	8, 43, 102
onthefing van –plicht	225
Stroman	43, 49, 65, 216
Terugwerkende kracht	
– van statutenwijziging	136, 140
– van vernietiging van stem	34
Vakantieregeling	40
Vennootschap	
besloten –	219, 233
continuïteit van de –	145, 203, 205, 211
eenmans –	5, 10, 19, 33, 116, 131
lege –	10
nationale karakter van de –	52, 206, 233
onafhankelijkheid van de –	52, 206
open –	110, 218-219
Verdrag	91
Vereffenaar	132
Verjaring	34
Verkeersopvatting (m b.t. begrip orgaan)	15-16
Verkoopchef	14-15
Verordening	

ZAKENREGISTER

gemeentelijke –	91
ministeriële –	92
provinciale –	91
waterschaps–	91
Verslaggeving	105, 109-110
Vertegenwoordigen	
– bij besluitvorming	116, 151-152, 155, 157, 261
– van de n.v.	98, 124
Verzekering	214
Volmacht	zie vertegenwoordigen
Voorstel	36, 74
aanvaarding van –	33, 38
alternatief –	38
verwerping van –	33, 38
Voorziening	107-110, 200, 239, 241
Voorzitter	32, 35, 41, 73-76, 130, 158, 160, 263
Wanprestatie	188, 190, 216
Wilsgebrek	33, 69, 72, 250
Winst	
– begrip	107-108
bestemming van –	11, 37, 98, 105, 109, 139-140
– recht (–gerechtigde)	94-96, 105, 141, 178, 220
reservering van –	94, 107, 140, 177
vaststelling van –	96, 105, 107-109, 140, 200

Stellingen

1. De bevoegdheid tot het beslissen over emissie van aandelen in het kapitaal ener naamloze vennootschap behoort door de wet dwingend aan de algemene vergadering van aandeelhouders te worden toegekend.
2. Overvallen op naamloze vennootschappen, door openbare biedingen op aandelen, worden in de hand gewerkt door onvoldoende verslaggeving.
3. Indien aan werknemers een mogelijkheid wordt geboden om bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam de benoeming te verzoeken van personen voor het instellen van een onderzoek naar het beleid van en de gang van zaken in een vennootschap, zoals wordt voorgesteld in het ontwerp van wet tot herziening van het enquêterecht, behoort deze mogelijkheid ook te worden geboden aan obligatiehouders en winstgerechtigden.
4. In het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad sedert het arrest van 21 januari 1944, NJ 1944, 120 is conversie van een ongeldig besluit van een orgaan van een rechtspersoon in een geldig besluit mogelijk, wanneer het ongeldige besluit de strekking heeft die een geldig besluit kan hebben en wanneer aannemelijk is dat het vervangende besluit zou zijn genomen indien de besluitvormers hadden geweten dat met het ongeldige besluit het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar is.
5. Indien verpacht goed is vervreemd met schending van het voorkeursrecht van de pachter en de koper, door daaraan mede te werken, een onrechtmatige daad heeft gepleegd ten opzichte van de pachter, kan aan de pachter een vordering tegen de koper tot overdracht aan hem van het gepachte bij wege van schadevergoeding niettemin niet worden toegewezen.
6. Behalve in het geval van artikel 41e juncto 41d lid 2 wetboek van koophandel kan over de geldigheid van een besluit van een orgaan van een naamloze vennootschap bij arbitrage worden beslist.

7. In het belang van de justiciablen zou de wet een toelating moeten vorderen voor het beroepsmatig verlenen van juridische raad en bijstand, waardoor tevens kan worden bereikt dat onbevoegde beroepsuitoefening op de voet van artikel 436 wetboek van strafrecht strafbaar is.
8. De strafrechter maakt te weinig gebruik van de bevoegdheid, hem in artikel 14c eerste lid wetboek van strafrecht gegeven.
9. De regeling van artikel 366 wetboek van straffordering dient zo te worden verruimd, dat deze niet langer beperkt is tot vonnissen bij verstek gewezen, terwijl de in de tweede volzin van het eerste lid van dit artikel gemaakte uitzondering ware te schrappen.
10. Het verdient aanbeveling om bij benoeming van leden van de rechterlijke macht, met uitzondering van de Hoge Raad, in het bijzonder de betreffende orde(n) van advocaten recht van inspraak te verlenen.
11. Het honorarium en de verschotten van de curator in een faillissement, dat wordt opgeheven wegens gebrek aan baten, dienen van rijkswege te worden vergoed.

Stellingen behorende bij W. J. M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap, Katholieke Universiteit te Nijmegen, 1969.

